

BUCERIUS LAW SCHOOL

PRESS

Schriften des Notarrechtlichen Zentrums Familienunternehmen

BAND 1

ANNE RÖTHEL, KARSTEN SCHMIDT (HRSG.)

DIE VERTRÄGE DER FAMILIENUNTERNEHMER



BUCERIUS LAW SCHOOL

PRESS

Schriften des Notarrechtlichen Zentrums Familienunternehmen

Herausgegeben von den Direktoren des
Notarrechtlichen Zentrums Familienunternehmen
der Bucerius Law School

Professor Dr. Anne Röthel
Professor Dr. Dr. h.c. mult. Karsten Schmidt

Band 1

Die Verträge der Familienunternehmer

Verlag:

Bucerius Law School Press, Jungiusstraße 6, 20355 Hamburg

Herausgeber:

Prof. Dr. Anne Röthel, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Karsten Schmidt

1. Auflage 2013

Herstellung und Auslieferung:

tradition GmbH, Grindelallee 188, 20144 Hamburg

ISBN: 978-3-86381-027-6

Alle Rechte vorbehalten.

Das Werk, einschließlich seiner Teile, ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages und des Autors unzulässig. Dies gilt insbesondere für die elektronische oder sonstige Vervielfältigung, Übersetzung, Verbreitung und öffentliche Zugänglichmachung.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

DIE BUCERIUS
LAW SCHOOL IST EINE
GRÜNDUNG DER



Geleitwort

Anknüpfend an eine Tradition, die auf Initiative der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e.V. in den letzten Jahren zu der Gründung einer Reihe von erfolgreich arbeitenden Notarrechtlichen Instituten an verschiedenen Universitäten in Deutschland geführt hat, bezeugt dieser Tagungsband die Entstehung der jüngsten Einrichtung dieser Art, die zugleich ein besonderes Gepräge aufweist.

Mit dem Notarrechtlichen Zentrum Familienunternehmen ist an der Bucerius Law School in Hamburg eine gemeinschaftliche Einrichtung der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e.V., der Hamburgischen Notarkammer und der Bucerius Law School, der ersten privaten rechtswissenschaftlichen Hochschule in Deutschland, entstanden.

Das Zentrum will die spezifischen Anliegen jedes der Träger in besonderer Weise zur Geltung bringen. Neben anderen Zielen können als deren besondere Anliegen hier genannt werden: seitens der Bucerius Law School das Streben nach Exzellenz und exemplarischen neuen Arbeitsweisen in einer besonderen Nähe von Lehrenden und Lernenden, seitens der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e.V. die konsequente wissenschaftliche Positionierung des Notarstandes und seitens der Hamburgischen Notarkammer die Stärkung der Rolle des Notars als Gestalter und Berater für die Wirtschaft unter den besonderen Gegebenheiten des Wirtschafts- und Rechtsstandorts Hamburg mit der vor Ort traditionell großen Bedeutung der Familienunternehmen, die von der Begleitung durch den Notar zu Recht einen spezifischen Mehrwert erwarten.

Wir betrachten es als Glücksfall, dass durch das Engagement der beiden Direktoren des Zentrums für ein Ineinandergreifen der verschiedenen Disziplinen Sorge getragen ist, die nach unserer Wahrnehmung für die Bedürfnisse der Familienunternehmen entscheidend sind, namentlich des Gesellschaftsrechts sowie des Familien- und Erbrechts; auch steuerrechtliche Aspekte sollen aber zu Wort kommen. Dasselbe erhoffen wir von den Beiträgen des Wissenschaftlichen Beirats des Zentrums, für den zwischenzeitlich Frau Prof. Dr. Barbara Dauner-Lieb, Notar a.D. Prof.

Dr. Hans-Joachim Priester, Notar Dr. Hartmut Wicke, Notar a.D. Sebastian Herrler, Frau Rechtsanwältin und Notarin Karin Arnold, Notar Prof. Dr. Christopher Keim und Frau Richter in am Bundesgerichtshof (II. Zivilsenat) Gabriele Caliebe gewonnen werden konnten.

Bei der Vor- und Nachbereitung des Gründungssymposiums am 16. November 2012 haben wir viel Zuspruch erfahren, für den wir an dieser Stelle herzlich danken. Dies macht uns zuversichtlich, dass das zweite Symposium des Zentrums am 25. Oktober 2013 in der Bucerius Law School, zu dem wir schon jetzt herzlich einladen, ein ähnlicher Erfolg werden wird. Das Tagungsthema lautet in diesem Jahr „Konfliktvermeidung in Familienunternehmen“.

Notar Dr. Axel Pfeifer

Vizepräsident der Hamburgischen
Notarkammer

Prof. Dr. Rainer Kanzleiter, Notar
a.D.

Vorsitzender der Deutschen
Notarrechtlichen Vereinigung e.V.

Vorwort

Im Sommer 2012 wurde an der Bucerius Law School in Hamburg das Notarrechtliche Zentrum Familienunternehmen eingerichtet. Seine Gründung ist einer gemeinsamen Initiative der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e.V., der Hamburgischen Notarkammer sowie der Bucerius Law School zu verdanken. Weitere Unterstützung erhält das Zentrum durch die Johanna und Fritz Buch-Gedächtnisstiftung, Hamburg.

Das Notarrechtliche Zentrum Familienunternehmen versteht sich als ein Ort der Diskussion und der Begegnung. Es hat sich zum Ziel gesetzt, die rechtlichen Rahmenbedingungen, unter denen Familienunternehmen wirken, systematisch sichtbar zu machen und weiterzuentwickeln. Zum Selbstverständnis des Notarrechtlichen Zentrums Familienunternehmen gehört es, diese Fragen grundlagenorientiert und mit Blick auf die Bedeutsamkeit auch der juristischen Nachbarwissenschaften zu erschließen.

Das Erscheinen dieses Bandes bezeichnet in mehrfacher Hinsicht den Wirkungsbeginn des Notarrechtlichen Zentrums Familienunternehmen. Mit einem Symposium zum Thema „Die Verträge der Familienunternehmer“ konnte am 16. November 2012 die Gründung im größeren Kreis gefeiert werden. Gegenstand waren die typischen Gestaltungsziele von Familienunternehmern und die rechtlichen Grenzen, an die Unternehmer und ihre Berater stoßen: Wann empfehlen sich Pflichtteilsverzichtsverträge, und wann erscheint ihre Wirksamkeit zweifelhaft? Bis zu welchen Grenzen lassen sich Nachfolge und Erbfolge vorwegnehmen? Wie stehen Gesellschaftsvertrag und Familienverfassung zueinander? Und schließlich: Wie „sicher“ sind erbschaftsteuerlich motivierte Gestaltungen in der gesellschaftsrechtlichen Konstruktion von Familienunternehmen?

Der nun vorliegende Band dokumentiert die Vorträge, die auf dem Symposium gehalten wurden. Zugleich wird mit diesem Band eine Schriftenreihe ins Leben gerufen: Die „Schriften des Notarrechtlichen Zentrums Familienunternehmen“ werden künftige Tagungen dokumentieren, aber auch herausragenden Dissertationen auf den

Forschungsgebieten des Zentrums geöffnet sein.

Unser Dank gilt zuvorderst den Referenten des Symposiums: Nach einer Einführung in das Generalthema durch Anne Röthel präsentiert Georg Crezelius anhand jüngster Entwicklungen in Rechtsprechung und Gesetzgebung „Gesellschaftsrechtliche Gestaltungen zur Erbschaftsteueroptimierung“. Knut Werner Lange führt in das schwierige Verhältnis zwischen „Familiencharta und Gesellschaftsvertrag“ ein. Harm Peter Westermann widmet sich der „Vorweggenommenen Erbfolge als Gestaltungsaufgabe“. Jörg Mayer schließlich lotet den Nutzen, die Möglichkeiten, aber auch die Grenzen von „Pflichtteilsverzichtsverträgen“ im Zusammenhang mit Generationswechseln in Familienunternehmen aus.

Wir danken außerdem den Initiatoren des Zentrums und wünschen ihnen und uns – ganz im Geiste guten Familienunternehmertums – ein gesundes und nachhaltiges Wachstum der in den Schriften des Notarrechtlichen Zentrums Familienunternehmen dokumentierten Erkenntnisse.

Hamburg, im Mai 2013

Anne Röthel

Karsten Schmidt

Direktorin des Notarrechtlichen Zentrums Familienunternehmen
Direktorin des Notarrechtlichen Zentrums Familienunternehmen

Inhalt

Geleitwort

Vorwort

Die Verträge der Familienunternehmer: Einführende Beobachtungen

ANNE RÖTHEL

Gesellschaftsrechtliche Gestaltungen zur Erbschaftsteueroptimierung

GEORG CREZELIUS

Die Familiencharta und das Familienunternehmen – Bedeutung und
Schnittstellen zum Gesellschaftsvertrag

KNUT WERNER LANGE

Die Gestaltung vorweggenommener Erbfolge in
Gesellschaftsbeteiligungen

HARM PETER WESTERMANN

Pflichtteilsverzichtsverträge

JÖRG MAYER

Die Verträge der Familienunternehmer: Einführende Beobachtungen

ANNE RÖTHEL¹

I. Familienunternehmer, Verträge und Notariat: Expertise und Eigentümlichkeiten

Wenn sich Familienunternehmer und Notare begegnen, dann hat dies zumeist mit Verträgen zu tun. Der Vertrag bezeichnet nicht nur die typische rechtliche Handlungsform des Familienunternehmers, sondern auch den naheliegendsten Anlass für Begegnungen zwischen Notariat, Familienunternehmer und Unternehmerfamilie. Die Verträge der Familienunternehmer bezeichnen also im Großen und Ganzen unser Generalthema. Im weiteren Verlauf des Symposiums werden wir die damit verbundenen Fragen anhand typischer Gestaltungsziele näher betrachten: Von der Gestaltung der Steuerlast (Georg Crezelius, in diesem Band, S. 9) bis zur Gestaltung der Pflichtteilslast (Jörg Mayer, in diesem Band, S. 71), von der Gestaltung der Governance (Knut Werner Lange, in diesem Band, S. 33) bis zur Gestaltung der Nachfolge (Harm Peter Westermann, in diesem Band, S.47). Es wird um Planung und Personen gehen, um hartes Recht und weiches Recht, um Gemeinwohl und Einzelbelange.

Diese Gestaltungsanliegen sind weder exzeptionell noch extraordinär: wir bewegen uns im Alltagsgeschäft der notariellen Expertise. Zugleich haben wir es mit Themen zu tun, bei denen sich praktisches Bedürfnis mit wissenschaftlichem Interesse glücklich trifft. Denn diese Verträge der Familienunternehmer sind doch in mehrerer Hinsicht eigentümlich. Im Vertrag treffen Familienunternehmer und Unternehmerfamilie aufeinander, hier werden vermögensmäßige Interessen und familiäre Beziehungen zugleich verhandelt. Vordergründig geht es um Strategie und Wohlstand, um Macht und Geld, um Gewinn und Unternehmenszukunft, zugleich werden die innerfamiliären Positionen ausgemessen und um Anerkennung, Verehrung und Liebe gerungen. Was dies für die

nichtjuristische Beratung bedeutet, ist bereits vielfältig aufgearbeitet². Aber was folgt daraus für das Recht, und wie geht das Recht mit diesen gegensätzlichen Bezugssystemen um? Handelt es sich um typische Herausforderungen der Vertragslehre, wie sie auch in anderen Zusammenhängen begegnen, oder sollten wir spezifischere Antworten erwarten? Haben wir eigentlich Grund, solchen Verträgen eher mit Misstrauen zu begegnen, oder können wir aus der familiären Verbundenheit auf besondere Einfühlung und Rücksicht schließen?

II. Beobachtungen zum Umgang des Rechts mit den Verträgen der Familienunternehmer

Dies ist nicht der rechte Ort für abschließende Antworten. Ich möchte daher nur drei Beobachtungen aus wissenschaftlicher Perspektive zum Umgang des Rechts mit den Verträgen der Familienunternehmer voranstellen. *Erstens*: Rechtsfragen der Familienunternehmen werden aus zwei Perspektiven erzählt. Familienunternehmen und ihre Verträge polarisieren (unten 1.). *Zweitens*: Dieser Polarisierungsbefund begegnet auch auf konzeptioneller Ebene. Wir können familiäres Vermögen ganz unterschiedlich „denken“ und werden, je nach Haltung, anderen Konzepten zuneigen (unten 2.). Und schließlich *drittens*: Das wissenschaftliche Gespräch über Familienunternehmen ist stark segmentiert; die für das deutsche Recht herkömmlichen Fächergrenzen steuern auch den rechtlichen Blick auf Familienunternehmen und ihre Verträge (unten 3.).

1. Polarisierende Erzählungen aus zwei Perspektiven

Zu meiner ersten Beobachtung. Verträge der Familienunternehmer „polarisieren“. Je nachdem, ob man eher das Wirken des Unternehmens oder die Teilhabe der Familie vor Augen hat, werden die Verträge der Familienunternehmer unterschiedlich bewertet, und zwar in einem Ausmaß unterschiedlich bewertet, dass wir auf ähnliche Linienbildungen und Antagonismen treffen, wie sie in der rechtswissenschaftlichen Diskussion etwa vertraut sind, wenn es um die Bewältigung des Verhältnisses von Arbeitnehmer und Arbeitgeber, von Mieter und Vermieter sowie von Verbraucher und Unternehmer geht. Mancher mag

sich an dieser Stelle die Erzählung von den großen Gemeinsamkeiten von Familie und Unternehmen erhofft haben: Die Familie als nährender Humus, speisende Kraftquelle und orientierendes Ethos für nachhaltig motiviertes und intrinsisch-innovatives Unternehmertum. Natürlich gibt es diese Erzählung von den Familienunternehmen, bei denen unternehmerisches Vermögen und familiäre Verbundenheit leistungsstark und glücklich miteinander verknüpft sind; es ist die Selbsterzählung der Familienunternehmer. Aber wenn dies die ganze Wahrheit über Familienunternehmen und Unternehmerfamilien wäre, dann wäre das Interesse an diesem Thema nicht so groß. Und spätestens dann, wenn sich Juristen und insbesondere Notare für ein Thema interessieren, liegt die Vermutung nahe, dass hier Spannungen, Interessengegensätze und Konfliktlagen bestehen, die mit Sachverstand und Expertise abgestimmt, bewältigt und ausgeglichen werden sollen.

Um das zu illustrieren, genügt der Blick auf die Verträge, die uns heute im weiteren Verlauf begleiten werden. Je nachdem, ob eher das Unternehmen oder eher die Familie vor Augen steht, werden die Aufgaben des Rechts anders gezeichnet. *Aus der Sicht des Unternehmens* steht die Sorge im Vordergrund, zu verhindern, dass unternehmensferne Familienangehörige oder auch nur der Staat in seiner Abschöpfungsmentalität Vermögensinteressen gegen das Unternehmen durchsetzen. Der Vertrag erscheint aus dieser Perspektive als gebotenes Gestaltungsmittel des vorausschauenden und vorsorgenden Unternehmers, um den unternehmerischen Kapitalstock vor kräftezehrendem Vermögensabfluss zur Unzeit zu bewahren. Zugleich geht es darum, unternehmensnahe Familienangehörige an das Unternehmen zu binden und langfristig zu motivieren. Übergabeverträge und Abfindungsregelungen, Ehe- und Erbverträge sowie Vereinbarungen über den Pflichtteil erscheinen aus dieser Perspektive als Existenzsicherung werbenden Vermögens. Der Vertrag in frühen, guten Zeiten soll planvoll und ausgleichend späterem Eigensinn entgegenwirken³.

Anders hört sich dies an, wenn der Ausgangspunkt nicht beim Unternehmen und dem Unternehmer, sondern in der *Familie* liegt. Dann geht es nicht mehr um Ermöglichung, sondern um Begrenzung, nicht mehr um Gestaltung, sondern um Gewährleistung. Aus der Perspektive der Familie stellt sich die familiäre Verbundenheit nun als

Gelingsbedingung und Teilhabebegründung vom unternehmerischen Erfolg dar. Wer so denkt, wird den Pflichtteil nicht als Ärgernis, sondern als Ausdruck befriedenden Selbstverständnisses sehen. Aus dieser Perspektive erwachsen auch Bedenken an den Entstehungsbedingungen innerfamiliärer Verträge: Haben möglicherweise Überforderung und Übervorteilung eine Rolle gespielt, wenn Abfindungen, Erbteile und Pflichtteile scheinbar einvernehmlich vereinbart wurden? – Je nach Ausgangspunkt und Perspektive erscheinen die Verträge der Familienunternehmer also in anderem Licht, und dieser Polarisierung entgeht auch die rechtliche Diskussion nicht.

2. Wandernde konzeptionelle Bezugspunkte: Verband, Vertrag, Kontext

Diese Polarisierungen begegnen, wenn auch wenig eindeutig, auf der konzeptionellen Ebene. Die großen Haltungen zu Familienunternehmen und ihren Verträgen sind davon geprägt, wie familiäres Vermögen konzeptionell gedacht wird. Holzschnittartig lassen sich die Etappen der Rechtsentwicklung bezeichnen mit Verband, Vertrag, Kontext.

Wenn wir heute über die Verträge der Familienunternehmer nachdenken, dann ist dies überhaupt nur möglich, weil wir Familie und Vermögen nicht ohnehin in eins setzen. Diese In-Eins-Setzung verbinden wir im historischen Rückblick mit dem frühzeitlichen Konzept der germanischen Sippe und später mit dem mittelalterlichen Haus⁴. Nun liegt das lange hinter uns. Industrialisierung und Individualisierung haben die Familienangehörigen zu vermögensfähigen Individuen emanzipiert und damit den Vertrag als Denkform für die Organisation der Beziehungen zwischen Unternehmen und Familie eröffnet⁵.

Bei näherem Hinsehen ist die Entwicklung aber nicht ganz so schnell und auch nicht ganz so eindeutig verlaufen, wie sich dies heute möglicherweise darstellt. Denn es ist noch gar nicht so lange her, dass europäische Rechtsordnungen durchaus ein Unbehagen spürten, wenn Familienangehörige miteinander Verträge über Vermögen schließen. Das französische Recht sah entgeltliche Rechtsgeschäfte unter Ehegatten lange Zeit als nichtig an und urteilte genauso über Gesellschaften von Ehegatten. Als Trendwende gilt heute ein Urteil der Cour de Paris aus dem Jahr 1954⁶.

Nun ist es eine Sache, Verträge zu ermöglichen. Eine andere Sache ist es, den Vertrag sogar als Denkform für die Vermögensbeziehungen von Familienangehörigen zu empfehlen. Dies ist eine Haltung, die dem englischen Recht nachgesagt wird⁷. Aber auch im deutschen Recht gibt es diese Tendenz, familiäre Beziehungen über den Schuldvertrag zu denken. Ein Beispiel für solche *contractualisation* ist die weitverzweigte Rechtsprechung zur Innengesellschaft. Sie führt dazu, dass Ehegatten oder Eltern und Kindern ein Vertrag, hier ein Gesellschaftsvertrag, „untergeschoben“ wird, obwohl sie sich nicht ausdrücklich und bewusst auf die vertragliche Ebene begeben haben, sondern einfach miteinander gewirtschaftet haben, ohne auf das Ende zu schauen – für viele das geradezu ideale Familienunternehmen. Man kann zu der Fiktion, zu der die Rechtsprechung in solchen Fällen greift, unterschiedlich stehen. An ihr lässt sich indes ablesen, dass für die praktische Bewältigung von familialen Vermögensbeziehungen Familie und Vertrag heute nicht mehr als Gegensatz empfunden werden⁸.

Wenn wir heute das Regelungsmodell des Vertrags sogar dort verwirklichen, wo ein Vertrag gar nicht geschlossen wurde, so belegt dies die eingangs bezeichnete Wanderungsbewegung vom Verband zum Vertrag. Aber es heißt noch mehr: Sieht man den Vertrag ohnehin als geeignete Denkform für die Beziehungen von Familie und Vermögen an, so wird man zugleich dazu neigen, Verträge der Familienunternehmer nicht als irgendwie eigentümlich oder besonders wahrzunehmen.

Aber es gibt auch Gegenbewegungen. In jüngerer Zeit erfährt im anglo-amerikanischen Schrifttum der vertragliche *Kontext* eine besondere Betonung. In diese Richtung geht die Theorie der *relational autonomy*. Gemeint ist eine De-Individualisierung von Autonomie. Das Recht solle Vertragspartner nicht als isolierte, vereinzelte, unabhängige und emotionslose Individuen denken, sondern stärker wahrnehmen, dass Personen zwangsläufig aus einer bestimmten Einbettung und Abhängigkeit von sozialen und familiären Beziehungen handeln⁹. Einiges hiervon lässt sich in der Diskussion rund um richterliche Abschlusskontrolle von Eheverträgen und Pflichtteilsvereinbarungen wiederfinden¹⁰. Auch wenn hier noch einige konzeptionelle Vergewisserung aussteht, lässt sich schon jetzt festhalten, dass wir auch im deutschen Recht die Beziehungen von Vermögen und Familie nicht mehr nur mit dem allgemeinen

Schuldvertrag, sondern zunehmend kontextorientiert denken.

3. Segmentierungen: zur Wirkmacht der Fächergrenzen

Schließlich drittens ist das wissenschaftliche Gespräch über Familienunternehmer nicht nur polarisiert und befindet sich in Bewegung, es ist vor allem entlang der Fächergrenzen segmentiert. Wenn wir uns über Verträge der Familienunternehmer und Verträge in der Unternehmerfamilie unterhalten, treffen wir auch innerhalb der juristischen Disziplin je nach Fach auf unterschiedlich orientierte Regelbildung und Grundannahmen. Die theoretischen Argumente dahinter sind die „Autonomie“ eines Rechtsgebiets und seine „Eigengesetzlichkeiten“¹¹. Und es mag möglicherweise nicht überraschen, dass das Gesellschaftsrecht von anderen Haltungen geprägt ist als das Familienrecht, und dass sich Erbrecht und Steuerrecht in manchem gedanklich näher stehen. Aber auch dort, wo eine thematische Nähebeziehung zu vermuten ist, vermissem ich Seitenblicke und Übertragungen. Dies führt nicht nur dazu, dass Unternehmensinteressen und Familieninteressen je nach Regelungszusammenhang unterschiedlich bewertet werden. Vor allem verhindert dieser rechtliche Tunnelblick produktive Anleihen bei der Regelbildung. Um ein Beispiel zu geben: Das Steuerrecht reagiert auf die eigentümliche Nähe von Familienmitgliedern mit dem Maßstab des Fremdvergleichs¹². Dieser Fremdvergleich ist indes ein Korrektiv des Steuerrechts geblieben. Wäre es nicht denkbar, die schwierige Suche nach inhaltlichen Grenzziehungen für Ehe- und Erbverträge ebenfalls am Maßstab eines typisierten Fremdvergleichs zu entwickeln? Man mag dies unterschiedlich beantworten. Auffällig ist aber, dass schon die Frage nicht gestellt wird. Die Spezialisierung, die wir alle in unserer Ausbildung genommen haben, begünstigt die Ausprägung von inselhafter Regelbildung.

III. Einige Herausforderungen

Diese drei Beobachtungen zum Umgang des Rechts und der Rechtswissenschaft mit den Verträgen der Familienunternehmer, die ich als Polarisierung, Wanderung, Segmentierung beschlagworten möchte,

formulieren zugleich mögliche Herausforderungen und Aufgaben des Notarrechtlichen Zentrums Familienunternehmen. Dass Familienunternehmen polarisieren, wird etwas sein, das wir an uns beobachten können. Genauso müssen wir uns bewusst bleiben, dass je nach eigener Haltung und Ausgangspunkt auch ein anderer Blick darauf besteht, wie wir familiäres Vermögen denken. Auch hier besteht eine Pfadabhängigkeit: Wer aus der Perspektive der Familie auf die Verträge der Familienunternehmer schaut, wird eher für die Richtigkeit kontextabhängiger Autonomieverständnisse eintreten als jemand, der aus der Perspektive des Unternehmers oder des Unternehmens darauf schaut. Wenn es uns in allem dabei gelänge, zumindest zu einem ganzheitlicheren rechtlichen Blick auf Familienunternehmen beizutragen, dann sähe ich darin schon einigen Ertrag.

-
- ¹ Prof. Dr. Anne Röthel ist Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Europäisches und Internationales Privatrecht sowie Direktorin des Notarrechtlichen Zentrums Familienunternehmen an der Bucerius Law School, Hamburg.
 - ² Siehe nur Corina Ahlers, Goldmarie oder Pechvogel: Geschlechtsspezifisches Zwangsglück im Familienunternehmen, in: *Familiendynamik* 35 (2010), 32-39; Kirsten Baus, Die Familienstrategie. Wie Familien ihr Unternehmen über Generationen sichern, 3. Aufl., 2012; Sabine B. Klein, Familienunternehmen. Theoretische und empirische Grundlagen, 3. Aufl., 2010, S. 59 ff.; Michael Harvey/Rodney Evans, Family business and multiple level of conflict, in: *Family Business Review* 7 (1994), 331-348; David Klett, Zwischen Kompetenz und Herkunft, zwischen Gleichheit und Selektion. Paradoxe Anforderungen an Familienunternehmen und ihre Unternehmensfamilien, 2005; Ivan Lansberg, The family side of Family Business. A Conversation with Salvador Minuchin, in: *Family Business Review* 5 (1992), 309-321 (dt. in: *Familiendynamik* 35 [2010], 76-82); Arist von Schlippe/Almute Nischak/Mohammed El Hachimi (Hrsg.), Familienunternehmen verstehen. Gründer, Gesellschafter und Generationen, 2008; Fritz B. Simon (Hrsg.), Die Familie des Familienunternehmers, 3. Aufl., 2011.
 - ³ Zu den typischen Gestaltungszielen mit Blick auf das Erbrecht etwa Wilfried Kössinger, Typische Regelungsziele im Unternehmensbereich, in: Nieder/Kössinger (Hrsg.), *Handbuch der Testamentsgestaltung*, 3. Aufl., 2008, § 22; Frank Hannes, Kap. 18 Unternehmensnachfolge, in: Andreas Frieser et al. (Hrsg.), *Handbuch des Fachanwalts Erbrecht*, 3. Aufl., 2009, Rn. 1302 ff. Siehe für Einzelaspekte aus dieser Perspektive etwa Georg Crezelius, Unternehmenserbrecht, 1998; Christine Osterloh-Konrad, Unternehmensnachfolge und Pflichtteilsrecht, in: Karin E.M. Beck/Christine Osterloh-Konrad (Hrsg.),

Unternehmensnachfolge, 2009, S. 39 ff.; *Rainer Lorz*, Testamentsvollstreckung und Unternehmensrecht, 1995. Speziell mit Blick auf das Pflichtteilsrecht *Karsten Schmidt*, Pflichtteil und Unternehmensnachfolge, in: Anne Röthel (Hrsg.), Reformfragen des Pflichtteilsrechts, 2007, S. 37 ff.; *Barbara Dauner-Lieb*, Bedarf es einer Reform des Pflichtteilsrechts?, DNotZ 2001, 460 ff.; *dies.*, Das Pflichtteilsrecht – ketzerische Fragen an ein altehrwürdiges Institut, FF 2000, 110 ff.; *Knut Werner Lange*, DNotZ 2007, 84, 94 f.

- ⁴ *Hans-Rudolf Hagemann*, Erbrecht, in: Albrecht Cordes/Heiner Lück/Dieter Werkmüller/Ruth Schmidt-Wiegand (Hrsg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd. I, 2. Aufl., 2008, S. 1370, 1372 ff.; *Andreas Heusler*, Institutionen des deutschen Privatrechts, Bd. I, 1885, § 51; *Reinhard Koselleck*, Die Auflösung des Hauses als ständischer Herrschaftseinheit, in: Neithard Bulst/Joseph Goy/Jochen Hoock (Hrsg.), Familie zwischen Tradition und Moderne. Studien zur Geschichte der Familie in Deutschland und Frankreich vom 16. bis zum 20. Jahrhundert, 1981, S. 109 ff.
- ⁵ Siehe nur *Dieter Schwab*, Die Familie als Vertragsgesellschaft im Naturrecht der Aufklärung, in: Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno 1 (1972), 357 ff.; *Heinrich Dörner*, Industrialisierung und Familienrecht, 1974; *Jack Goody*, The Development of the Family and Marriage in Europe, Cambridge University Press 1983.
- ⁶ Cour de Paris v. 7.12.1954, JCP 1955 II. 8526 = Rev. trim. dr. civ. 1955, 353 mit Anm. Ripert. Diese Hinweise verdanke ich *Wolfram Müller-Freienfels*, Die Gesellschaft zwischen Ehegatten, in: Eranion für Maridakis, Athen 1963, S. 357, 358 ff. Hintergrund war ein Unbehagen gegenüber entgeltlichen Verträgen unter Ehegatten, auch zum Schutz vor Übervorteilung, aber im Wesentlichen zum Schutz des patriarchalischen Familienbilds: „Le contrat de société [...] conférait à la femme un pouvoir incompatible avec son état de soumission“ (*Edmond-Eugène Thaller/Jean Percerou*, Traité élémentaire de droit commercial, 8. Aufl., Librairie Arthur Rousseau, Paris 1931, S. 247). Zu den römisch-rechtlichen Wurzeln dieses Unbehagens gegenüber Rechtsgeschäften unter Ehegatten *Elisabeth Koch*, Unentgeltlichkeit in der Ehe, FamRZ 1995, 321, 324 f.
- ⁷ Dazu *Anne Röthel*, Familie und Vermögen im englischen Recht. Entwicklungen und Erklärungsversuche, RabelsZ 76 (2012), 131, 155; aus französischer Perspektive *Dominique Fenuillet/Pascal de Vareilles-Sommières* (éd.), La contractualisation de la famille, Economica, Paris 2001; kritisch etwa *David McLellan*, Contract Marriage – The Way Forward or Dead End?, Journal of Law and Society 2 (1996), 234-246.
- ⁸ Zu den Schwächen der vertragsrechtlichen Rekonstruktion näher *Anne Röthel*, Ausgleichsordnungen unter Ehegatten, FamRZ 2012, 1916, 1918 f.
- ⁹ Siehe nur *Jonathan Herring*, Relational Autonomy and Rape, in: Shelley Day Sclater et al. (ed.), Regulating Autonomy, Hart Publishing, Oxford 2009, S. 53 ff.;

Catriona Mackenzie/Natalie Stoljar (ed.), *Relational Autonomy*, Oxford University Press 2000 und dort insbesondere *Linda Barclay*, *Autonomy and the Social Self*, S. 52 ff.; rechtspolitisch *Martha Albertson Fineman*, *The Autonomy Myth*, The New Press, New York 2004.

- ¹⁰ Die maßgeblichen Etappen der Rspr. sind BGHZ 158, 81 ff. – Kontrolle von Vereinbarungen über Scheidungsfolgen anhand der Kernbereichslehre; BGH FamRZ 2006, 1097 ff. – Gesamtnichtigkeit bei einseitig belastendem Ehevertrag; BGH FamRZ 2008, 386 ff. – Wirksamkeit des Verzichts auf Zugewinnausgleich; aus dem Schrifttum siehe nur *Barbara Dauner-Lieb*, Gütertrennung zwischen Privatautonomie und Inhaltskontrolle, AcP 210 (2010), 580 ff. sowie *dies./Ulrich Stuhlfelder*, Gütertrennung in der Unternehmerehe, FF 2011, 382 ff.; *Anne Sanders*, Statischer Vertrag und dynamische Vertragsbeziehung. Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle von Gesellschafts- und Eheverträgen, 2008; *Rainer Kanzleiter*, Inhalts- oder Ausübungskontrolle der Vereinbarung von Gütertrennung, in: FS für Manfred Bengel und Wolfgang Reimann, 2012, S. 191 ff.; zu Pflichtteilsverzicht siehe einerseits *Karlheinz Muscheler*, Inhaltskontrolle bei Erbverzichts- und Pflichtteilsverzichtsverträgen, in: FS für Spiegelberger, 2009, S. 1079, 1083 ff.; *Jörg Mayer* (in diesem Band, S. 71); *Anatol Dutta*, AcP 209 (2009), 760 ff.; andererseits *Anne Röthel*, Umgehung des Pflichtteilsrechts, AcP 212 (2012), 157, 189 ff. sowie *dies.*, Verzicht auf den Kindespflichtteil. Plädoyer für mehr Wachsamkeit, NJW 2012, 337 ff. jeweils
- ¹¹ So zum Beispiel für eine „relative Autonomie des Steuerrechts“ *Rainer W. Walz*, Steuergerechtigkeit und Rechtsanwendung. Grundlagen einer relativ autonomen Steuerrechtsdogmatik, 1980, S. 234 ff.; zur „Autonomie des Privatrechts“ etwa *Gerhard Wagner*, Materialisierung des Schuldrechts unter dem Einfluss von Verfassungsrecht und Europarecht – Was bleibt von der Privatautonomie?, in: Uwe Blaurock/Gerhard Wagner (Hrsg.), *Obligationenrecht im 21. Jahrhundert*, 2010, S. 13 ff.; zur Autonomie des Familienrechts *Joachim Gernhuber/Dagmar Coester-Waltjen*, Familienrecht, 6. Aufl., 2010, § 1 Rn. 32 ff. Wenn von Autonomie eines Rechtsgebiets die Rede ist, geht es zumeist darum, „Übergriffen“ („Autonomieverlusten“) entgegenzuwirken, so etwa bei *Gerhard Wagner (a.a.O., S. 77 ff.)*. Dies steht in offensichtlicher Spannung zum Gedanken der Rechtseinheit, dazu *Christian Bumke*, *Relative Rechtswidrigkeit*, 2004, insbesondere S. 253 sowie S. 56 ff., 111 ff., 145 f.
- ¹² Siehe nur BFHE 158, 563, 571 f. und später BFHE 179, 350, 351 f.; BFHE 180, 377, 378 f.; BFHE 199, 380, 383 f. in st. Rspr.; aus dem Schrifttum *Peter Bildorfer*, Der steuerliche Fremdvergleich bei Vereinbarungen unter nahestehenden Personen, 1996; *Gerold Eppler*, Formen des Fremdvergleichs, DStR 1987, 607 ff.; *Peter Fischer*, Fremdvergleich und Üblichkeit, DStZ 1997, 357 ff. jeweils im Zusammenhang mit der verdeckten Gewinnausschüttung. m.w.N.

Gesellschaftsrechtliche Gestaltungen zur Erbschaftsteueroptimierung

GEORG CREZELIUS¹

I. Einleitung

Es besteht Konsens darüber, dass Leistungsfähigkeitssteigerungen, die ein Steuersubjekt in die Lage versetzen, seinen privaten Lebensunterhalt zu bestreiten, steuerbar sein sollen. Hieraus wird deutlich, dass sowohl die Einkommensteuer (im technischen Sinne) als auch die Erbschaftsteuer und die komplementäre Schenkungsteuer als Einkommensteuern zu qualifizieren sind, weil es keinen Unterschied machen kann, ob es sich um eine Leistungsfähigkeitssteigerung durch auf Entgeltlichkeit zielendes Verhalten oder um eine unentgeltliche Leistungsfähigkeitssteigerung durch Erbfall oder Schenkung handelt². Sieht man im Einkommensbegriff des § 2 EStG eine Ausformung der sog. Markteinkommenstheorie deshalb, weil dort nur entgeltliche Vermögenszuwächse für steuerbar erklärt werden, dann folgt daraus zwangsläufig im Umkehrschluss, dass die unentgeltlichen Vermögenszuwächse keine Kategorien der Einkommensbesteuerung nach EStG darstellen. Sie sind dem Sondergesetz für die Erbschaft- und Schenkungsteuer zu subsumieren³.

Ist also die **Erbschaft- und Schenkungsteuer** als Einkommensteuer im weiteren Sinne zu sehen, dann ist weiterhin zu fragen, ob es sich um eine Sollertragsbesteuerung oder um eine **Substanzbesteuerung** handelt. Die wohl überwiegende Ansicht geht heute davon aus, dass es sich bei der Erbschaftsbesteuerung um eine Substanzbesteuerung handelt und dieser Substanzsteuereffekt nicht ungewollt eintritt, vielmehr planmäßig beabsichtigt ist⁴. Folge dieses Ansatzes ist es, dass – soweit sonstiges Vermögen nicht vorhanden ist – auch hinzunehmen ist, dass die Steuer aus dem Erbe oder dem Geschenk entrichtet werden muss und den Erwerb entsprechend mindert. Dem Erwerber wird es im Zweifel auch zugemutet,

den Gegenstand der Zuwendung zu versilbern, um den Steueranspruch zu erfüllen⁵. Aus der (potentiellen) Besteuerung auch der Substanz des übergehenden Vermögens folgt bei unternehmerischem Vermögen das sich dem Kautelarjuristen stellende **Problem**: Vor dem Hintergrund, dass unternehmerisches Vermögen – mit Ausnahme börsennotierter Aktien – nur **eingeschränkt fungibel** ist und die Erbschaftsteuerzahlung zu **Liquiditätsproblemen** führen kann, ist auf Gestaltungen Wert zu legen, die den Übergang in die nächste Generation möglichst steuerschonend vonstatten gehen lassen.

II. System der §§ 13a, 13b ErbStG

1. Grundlagen

Aufgrund der Entscheidung des BVerfG v. 7.11.2006⁶ hat der Erbschaftsteuergesetzgeber u. a. die Regelungen über die steuerrechtliche Verschonung unternehmerischen Vermögens neu konzipiert. Nach §§ 13a, 13b ErbStG kommt es zu einer zweigleisigen Verschonungstechnik. Im Einzelnen:

Nach dem **Grundmodell** der Verschonung von Unternehmensvermögen bleiben 85 v. H. des begünstigten Vermögens außer Ansatz. Dies folgt aus der – vorsichtig formuliert – unübersichtlichen Anordnung in **§§ 13a Abs. 1 S. 1, 13b Abs. 4 ErbStG**. I. E. kommt es dadurch zu einer **Sockelbesteuerung** von 15 v. H. Daraus folgt ein verkappter Progressionseffekt. Geht nämlich mit dem begünstigten Vermögen zugleich nicht begünstigtes privates Vermögen über, dann führt die 15 v. H. betragende Sockelbesteuerung des mitübergehenden Vermögens zu einer höheren Belastung, wenn ein Tarifsprung nach § 19 Abs. 1 ErbStG erfolgt. Nach dem Grundmodell der Verschonung kommt es zu einer fünfjährigen **Haltefrist**. Zum einen darf nach § 13a Abs. 1 S. 2 ErbStG die Summe der maßgeblichen jährlichen Lohnsumme des § 13a Abs. 4 ErbStG des Betriebs, der Beteiligung an einer Personengesellschaft oder Anteilen an einer Kapitalgesellschaft des Betriebs der jeweiligen Gesellschaft innerhalb von fünf Jahren nach dem Erwerb insgesamt 400 v. H. der Ausgangslohnsumme nicht unterschreiten. Wird die Mindestlohnsumme

unterschritten, dann kommt es zu einer Nachsteuer in Höhe der Quote, mit der die jeweils maßgebliche Mindestlohnsumme unterschritten wird. In diesem Umfang vermindert sich der Verschonungsabschlag. Zudem setzt die Regelverschonung voraus, dass das Vermögen des begünstigten Rechtsträgers nicht zu mehr als 50 v. H. aus **Verwaltungsvermögen** besteht (§ 13b Abs. 2 S. 1 ErbStG). Zusätzlich zu der weiterzuführenden Lohnsumme darf innerhalb der Behaltefrist das begünstigte Vermögen nicht veräußert werden (§ 13a Abs. 5 ErbStG). Wird veräußert oder einer der in § 13a Abs. 5 ErbStG erwähnten Ersatztatbestände erfüllt, dann kommt es zu einem quotalen Wegfall des Verschonungsabschlags (§ 13a Abs. 5 S. 2 ErbStG).

Statt der Regelverschonung kann nach § 13a Abs. 8 ErbStG eine **Option** auf einen Verschonungsabschlag von 100 v. H. ausgeübt werden. An die Stelle der Lohnsummenfrist von fünf Jahren tritt dann eine Lohnsummenfrist von 7 Jahren. Im Übrigen wird die Behaltefrist ebenfalls auf 7 Jahre verlängert, und das Verwaltungsvermögen darf nur 10 v. H. im Verhältnis zum Unternehmenswert betragen.

2. Begünstigtes Vermögen

Für **Personenunternehmen**, also für Einzelunternehmen und für Mitunternehmeranteile des § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG ist § 13b Abs. 1 Nr. 2 ErbStG einschlägig. Begünstigt ist danach inländisches Betriebsvermögen beim Erwerb eines ganzen Gewerbebetriebs, eines Teilbetriebs, eines Anteils an einer Gesellschaft nach § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und Abs. 3 EStG oder § 18 Abs. 4 EStG. Damit folgt auch das geltende Recht der schon im früheren Recht bekannten Systematik, dass nämlich auf die Einkommensteuer Bezug genommen wird. Wichtig ist, dass an dieser Stelle auch die gewerblich geprägte Gesellschaft des **§ 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG**, die in der Sache nur vermögensverwaltend tätig ist, noch begünstigt ist.

Zum privilegierten Vermögen gehören nach § 13b Abs. 1 Nr. 3 ErbStG Anteile an **Kapitalgesellschaften**, wenn die Gesellschaft zur Zeit der Entstehung der Steuer Sitz oder Geschäftsleitung im Inland hat oder in einem Mitgliedstaat der EU oder einem Staat der EWR und der Erblasser

oder Schenker am Nennkapital unmittelbar zu mehr als 25 v. H. beteiligt ist. Aus dem Wortlaut des § 13b Abs. 1 Nr. 3 S. 1 ErbStG wird nicht ganz deutlich, ob nur kapitalgesellschaftsrechtliche Beteiligungen in einem Privatvermögen oder auch solche in einem Betriebsvermögen erfasst werden. Aus dem Umkehrschluss aus § 13b Abs.

2 S. 2 Nr. 2 ErbStG sollte sich ergeben, dass es nur um privat gehaltene Beteiligungen geht. Wenn dort nämlich Anteile an Kapitalgesellschaften als schädliches Verwaltungsvermögen eingeordnet werden und die Beteiligung nicht über 25 v. H. liegt, dann muss es um Konstellationen gehen, in denen derartige Beteiligungen im Grundsatz begünstigt sind. Selbst wenn die Mindestbeteiligungsquote des § 13b Abs. 1 S. 3 Nr. 3 ErbStG nicht erreicht wird, kommt es über § 13b Abs. 1 Nr. 3 S. 2 ErbStG zur Begünstigung: In einem sog. **Pool** gebundene Anteile werden begünstigt, wenn die Summe der gepoolten Anteile die Beteiligungsquote von 25 v. H. überschreitet. Dazu muss sich der Erblasser oder Schenker gemeinsam mit anderen Anteilseignern einer einheitlichen Verfügungsbeschränkung und Stimmbindung unterwerfen.

3. Verwaltungsvermögen

Handelt es sich um einen im Grundsatz begünstigten Rechtsträger, dann ist auf einer weiteren Stufe zu prüfen, ob sich in dem betrieblichen Vermögen Verwaltungsvermögen befindet, welches beim Grundmodell nicht mehr als 50 v. H., beim Optionsmodell des § 13a Abs. 8 ErbStG nicht mehr als 10 v. H. betragen darf. Die Unterscheidung in produktives/gutes und unproduktives/böses Vermögen ist von der Idee getragen, dass die erbschaftsteuerrechtlichen Verschonungen nicht für Rechtsträger gewährt werden sollen, die sich überwiegend mit vermögensverwaltender Tätigkeit befassen, also im eigentlichen Sinne kein Unternehmen betreiben.

Zum Verwaltungsvermögen gehört nach § 13b Abs. 2 S. 2 Nr. 1 ErbStG zunächst das an Dritte zur Nutzung überlassene **Grundvermögen**. Anteile an **Kapitalgesellschaften** werden als schädliches Verwaltungsvermögen beurteilt, wenn die unmittelbare Beteiligung am Nennkapital nicht größer als 25 v. H. ist (§ 13b Abs. 2 S. 2 Nr. 2 ErbStG). Eine Ausnahme findet sich wiederum für gebundene Beteiligungen. Aber selbst dann, wenn die

Beteiligungsgrenze des § 13b Abs. 2 S. 2 Nr. 2 ErbStG überschritten wird, ist **§ 13b Abs. 2 S. 2 Nr. 3 ErbStG** zu beachten. Auch wenn die Mindestbeteiligungsquote formal erreicht wird, scheiden Beteiligungen an Gesellschaften aus der Begünstigung wieder aus, wenn das Vermögen dieser Gesellschaft wiederum zu mehr als 50 v. H. aus Verwaltungsvermögen besteht.

Als Verwaltungsvermögen gelten nach § 13b Abs. 2 S. 2 Nr. 4 ErbStG auch **Wertpapiere** sowie **vergleichbare Forderungen**, wenn sie nicht dem Hauptzweck des Gewerbebetriebs eines Kreditinstituts zuzuordnen sind. Sowohl der Begriff des Wertpapiers als auch derjenige der vergleichbaren Forderungen ist außerordentlich unscharf, so dass in diesem Bereich Rechtsunsicherheit besteht bzw. bestehen sollte (dazu unten III).

Handelt es sich bei dem schädlichen Verwaltungsvermögen um Ausnahmen innerhalb des Vermögens des grundsätzlich begünstigten Rechtsträgers, so gibt es von diesen Ausnahmen wieder **Rückausnahmen** in § 13b Abs. 2 S. 2 Nr. 1 lit. a – e ErbStG. Zu nennen ist hier insbesondere die Konstellation einer Betriebsaufspaltung, bei der die überlassenen Immobilien aufgrund der Rückausnahme nicht zum Verwaltungsvermögen gehören.

4. Unternehmensbewertung vs. Verwaltungsvermögen

Ob die schädliche Quote des Verwaltungsvermögens überschritten wird, ist nach **§ 13b Abs. 2 S. 4 ErbStG** zu ermitteln. Danach bestimmt sich der Anteil des Verwaltungsvermögens am gemeinen Wert des Betriebs nach dem Verhältnis der Summe der gemeinen Werte der Einzelwirtschaftsgüter des Verwaltungsvermögens zum gemeinen Wert des Betriebs. Das ist ein außerordentlich kritisch zu betrachtendes Verfahren, da der Unternehmenswert, wenn denn nicht der Substanzwert als Mindestwert anzusetzen ist, aus dem Ertragswert, also aus einem Gesamtwert abgeleitet wird (§§ 11, 109 Abs. 2, 199 ff. BewG), wäre es sinnvoll gewesen, den „Verwaltungsvermögenstest“ so auszugestalten, dass die Erträge des Betriebs und diejenigen des Verwaltungsvermögens gekürzt und in ein Verhältnis zueinander gesetzt werden. Dem ist der Gesetzgeber nicht gefolgt.

Besonders kompliziert wird die Ermittlung des Anteils des schädlichen Verwaltungsvermögens bei Beteiligungsgesellschaften. Hier wird zunächst ebenfalls wieder ein Verwaltungsvermögenstest vorausgesetzt (§ 13b Abs. 2 S. 2 Nr. 3 ErbStG), und der sich dann ergebende Wert der Beteiligungsgesellschaft ist wiederum dem Gesamtwert der übergegangenen Einheit gegenüberzustellen, wenn denn diese Beteiligungsgesellschaft als schädliches Verwaltungsvermögen zu qualifizieren ist. Das führt zu der unpraktischen Konsequenz, dass bei der Ermittlung der Verwaltungsvermögensquote von Tochtergesellschaften wiederum deren Beteiligungsbesitz mit einzubeziehen ist, und zwar mit der Folge, dass auch auf den unteren Stufen zu prüfen ist, ob der Beteiligungsbesitz seinerseits nach § 13b Abs. 2 S. 2 Nrn. 2, 3 ErbStG einen zu hohen Anteil an Verwaltungsvermögen hat.

III. Vorlage des ErbStG an das BVerfG

1. BFH v. 27.9.2012

Fall:

Frau X ist im Januar 2009 verstorben und von ihrer Nichte N beerbt worden. Der Nachlass besteht aus Guthaben bei Banken und einem Wertpapierdepot. Unter Berücksichtigung des persönlichen Freibetrags von 20 000 Euro wurde gegen N Erbschaftsteuer von ca. 10 000 Euro festgesetzt. Dabei ist das Finanzamt von dem für die Steuerklasse II im Jahr 2009 maßgebenden Steuersatz von 30 v. H. ausgegangen.

Der II. Senat des BFH hat den vorstehenden Sachverhalt zum Anlass genommen, das (gesamte) ErbStG nach Art. 100 Abs. 1 GG dem BVerfG vorzulegen⁷. Der BFH hält **§§ 19 Abs. 1, 13a, 13b ErbStG** wegen Verstoßes gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG für verfassungswidrig, weil die in §§ 13a, 13b ErbStG geregelten Vergünstigungen für unternehmerisches Vermögen nicht durch ausreichende Sach- und Gemeinwohlgründe gerechtfertigt seien und einen verfassungswidrigen **Begünstigungsüberhang** aufwiesen.

Die „Überprivilegierung“ sieht der BFH insbesondere darin, dass durch

relativ einfache Gestaltungsstrukturen „eigentliches“ Privatvermögen in begünstigtes unternehmerisches Vermögen umstrukturiert werden kann⁸. Der BFH weist darauf hin, dass es nach Auffassung der Finanzverwaltung (R E 13b Abs. 1 S. 3 ErbStR 2011) so liegt, dass Geldforderungen, beispielsweise Sichteinlagen, Spareinlagen und Festgeldkonten, nicht zum schädlichen Verwaltungsvermögen des § 13b Abs. 2 ErbStG gehören.

Die Möglichkeit einer **verfassungskonformen Auslegung** zieht der Vorlagebeschluss des BFH **nicht** in Betracht! Das ist durchaus kritisch zu sehen, weil die im Gesetz erwähnten „vergleichbaren Forderungen“ eine Auslegung auch dahingehend zuließen, dass Bargeld, Sichteinlagen usf. ebenfalls zum schädlichen Verwaltungsvermögen zählen.

Aussetzung der Vollziehung dürfte wohl nicht in Betracht kommen⁹.

Vor dem Hintergrund der unsicheren Rechtslage und einer möglichen Entscheidung des BVerfG ist bei vorweggenommenen Erbfolgen zu Widerrufsklauseln oder Steuerklauseln zu raten¹⁰. Maßgebend ist **§ 29 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG**, wonach die Steuer mit Rückwirkung erlischt, soweit ein Geschenk wegen eines Rückforderungsrechts herausgegeben werden muss. Dabei ist dann aber § 29 Abs. 2 ErbStG zu berücksichtigen, der für den Zwischenzeitraum den Übertragungsempfänger wie einen Nießbraucher besteuert.

2. Mögliche Gestaltungen

Der vorstehend referierte Vorlagebeschluss des II. Senats des BFH ist insbesondere deshalb bemerkenswert, weil er gleichsam im Wege einer „Gestaltungsanweisung“ diejenigen Sachverhaltskonstellationen abhandelt, die nach geltender Rechtslage möglich sind, um in den Anwendungsbereich der §§ 13a, 13b ErbStG zu gelangen, ohne dass § 42 AO anwendbar ist! Zwar hat der Steuergesetzgeber Überlegungen angestellt, derartigen Gestaltungen entgegenzutreten¹¹, doch sind diese Pläne zur Zeit der Abfassung des Manuskripts vom Bundestag nicht beschlossen worden. Man wird abwarten müssen, ob bezüglich steuergesetzlicher Änderungen 2013 der Vermittlungsausschuss (Art. 77 Abs. 2 GG) angerufen wird und ob im Vermittlungsverfahren erbschaftsteuerrechtliche Änderungen erfolgen werden.

a) Cash-Gesellschaften

Zum schädlichen Verwaltungsvermögen gehören nach § 13b Abs. 2 S. 2 Nr. 4 ErbStG Wertpapiere sowie vergleichbare Forderungen, wenn sie denn nicht Hauptzweck des Gewerbebetriebs eines Kreditinstituts sind. Nach Auffassung der **Finanzverwaltung** (R E 13b. 17 ErbStR 2011) sind Wertpapiere im erbschaftsteuerrechtlichen Sinne ausschließlich am Markt gehandelte Wertpapiere nach § 2 Abs. 1 WpHG. Vergleichbare Forderungen im Sinne dieser Norm sollen solche sein, über die keine Urkunden ausgegeben werden, die aber nach WpHG als Wertpapiere beurteilt werden. Weder Wertpapiere noch vergleichbare Forderungen sollen **Geld, Sichteinlagen**, Spareinlagen, **Festgeldkonten**, Forderungen aus Lieferungen und Leistungen, Forderungen an verbundene Unternehmen und Ansprüche aus Rückdeckungsversicherungen sein (H E 13b. 17 ErbStH 2011).

Aus diesem restriktiven Verständnis des § 13b Abs. 2 S. 2 Nr. 4 ErbStG folgt die Möglichkeit, (bares) Geldvermögen durch Einlage in eine Cash-KG bzw. eine Cash-GmbH in die erbschaftsteuerrechtlichen Begünstigungen einzubeziehen (BFH v. 27.9.2012, DStR 2012, 2063 Tz. 117ff.). Dies ergibt sich daraus, dass § 13b Abs. 1 Nr. 2 ErbStG ausdrücklich auch auf die **gewerblich geprägte Personengesellschaft** des § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG verweist, und dass § 13b Abs. 1 Nr. 3 ErbStG nur voraussetzt, dass die dort gegebenen Mindestbeteiligungsquote an der Kapitalgesellschaft erreicht bzw. durch eine Poolvereinbarung gestaltet wird. Sind danach also Finanzmittel im Rahmen des geltenden Rechts grundsätzlich nicht als Verwaltungsvermögen einzuordnen, so könnte man hieraus einen Missbrauch nach **§ 42 AO** herleiten, weil die Absicht des Steuergesetzgebers, tatsächlich vorhandene unternehmerische Einheiten zu begünstigen, nicht verwirklicht wird. Dem tritt der BFH (v. 27.09.2012, DStR 2012, 2063 Tz. 120) mit dem Argument entgegen, es handle sich allein um die Nutzung einer Gestaltung, die der Steuergesetzgeber dadurch eröffnet habe, dass er Gesellschaften ausdrücklich nicht allein deshalb von den Steuerbegünstigungen der §§ 13a, 13b ErbStG ausgenommen hat, weil sie lediglich vermögensverwaltend tätig sind. Der BFH weist zusätzlich darauf hin, dass der Bundesrat in seiner Stellungnahme zum

Jahressteuergesetz 2013 ebenfalls davon ausgegangen sei, dass § 42 AO nicht anwendbar sei (BR-Drucks. 302/12, S. 113ff.).

Selbst wenn eine sog. Cash-Gesellschaft installiert wird, sollte nicht übersehen werden, dass die **Überentnahmeregelerung** des § 13a Abs. 5 S. 1 Nr. 3 S. 1, 3 ErbStG einschlägig ist, wonach die Vergünstigung mit Wirkung für die Vergangenheit wegfällt, wenn der Begünstigte bis zum Ende der fünfjährigen oder 7-jährigen Behaltefrist Entnahmen tätigt, die die Summe seiner Einlage und der ihm zuzurechnenden Gewinne oder Gewinnanteile seit dem Erwerb um mehr als 150 000 Euro übersteigen (zutreffend Carlé/Fuhrmann/Strahl, Die vorweggenommene Erbfolge, 2012, S. 14).

b) Mehrstufige Strukturen

Fall (nach BFH v. 27.9.2012, DStR 2012, 2063 Tz. 105):

Erblasser A ist als Gesellschafter an der GmbH 1 allein beteiligt. Zum Vermögen dieser GmbH gehört eine 100 v. H. – Beteiligung an der GmbH 2, die ihrerseits eine 100 v. H. – Beteiligung an der GmbH 3 hält. Die GmbH 3 ist wiederum zu 100 v. H. an der GmbH 4 beteiligt. Das Vermögen aller Gesellschaften besteht zu 50 v. H. aus schädlichem Verwaltungsvermögen. Das Vermögen der GmbH 1, 2 und 3 setzt sich aus Verwaltungsvermögen und der Beteiligung an der jeweiligen Tochter-Kapitalgesellschaft zusammen.

Die Anteile an allen Gesellschaften gehören nicht zum Verwaltungsvermögen, weil bei ihnen jeweils isoliert betrachtet die Quote von 50 v. H. an Verwaltungsvermögen nicht überschritten wird. § 13b Abs. 2 S. 2 Nr. 3 ErbStG fordert eine stufenweise Ermittlung des Verwaltungsvermögensanteils und stellt nicht darauf ab, dass sich neben dem auf jeder Beteiligungsstufe unmittelbar vorhandenen Verwaltungsvermögen hinter der Beteiligung an der nachgeordneten Gesellschaft weiteres Verwaltungsvermögen verbirgt. So beträgt wirtschaftlich der Anteil des Verwaltungsvermögens auf der Ebene der GmbH noch 50 v. H., auf der Ebene der GmbH 3 bereits 75 v. H., auf der Ebene der GmbH 2 87,5 v. H. und auf der Ebene der GmbH 1 insgesamt

93,75 v. H. In Zahlen ergibt sich daraus Folgendes¹²:

GmbH 4: Verwaltungsvermögen und echtes Betriebsvermögen je 100 000 Euro, Gesamtwert 200 000 Euro.

GmbH 3: Verwaltungsvermögen und Wert der GmbH 4 je 200 000 Euro, Gesamtwert 400 000 Euro.

GmbH 2: Verwaltungsvermögen und Wert der GmbH 3 je 400 000 Euro, Gesamtwert 800 000 Euro.

GmbH 1: Verwaltungsvermögen und Wert der GmbH 2 je 800 000 Euro, Gesamtwert 1,6 Mio. Euro.

Letztlich setzt sich der Wert der kompletten Struktur zu **100 000 Euro** aus echtem **Betriebsvermögen** zusammen, dem **Verwaltungsvermögen** von **1,5 Mio. Euro** gegenübersteht. Gleichwohl können die erbschaftsteuerrechtlichen Verschonungen in Anspruch genommen werden.

c) Schwesterunternehmen

Fall (nach BFH v. 27.9.2012, DStR 2012, 2063 Tz. 132):

Das Vermögen der GmbH 1 besteht ausschließlich aus Verwaltungsvermögen. GmbH 1 verkauft und überträgt dieses Vermögen zum Verkehrswert unter Stundung des Kaufpreises an die verbundene GmbH 2 ohne sonstiges Vermögen.

Im Erbfall oder bei einer Schenkung kommt der GmbH 2 kein Wert zu, weil dem auf sie übertragenen Aktivvermögen die gleichwertige **Kaufpreisverbindlichkeit** gegenübersteht. Der Erbe oder Beschenkte kann für den Erwerb der Beteiligung an der GmbH 1, in deren Vermögen sich allein die Kaufpreisforderung befindet, von der Optionsmöglichkeit nach § 13a Abs. 8 ErbStG Gebrauch machen, und zwar mit der Folge, dass keine Steuer anfällt, wenn denn die Behaltensregelungen des § 13a Abs. 5, 8 Nr. 2 ErbStG beachtet werden. Die Kaufpreisforderung der GmbH 1 stellt keine einem Wertpapier vergleichbare Forderung dar und ist deshalb kein Verwaltungsvermögen¹³.

Auf die Lohnsummentwicklung kommt es nicht an, weil die GmbH 1 nicht mehr als 20 Arbeitnehmer haben wird.

Bei diesem „Modell“ sollte aber beachtet werden, dass es zu **ertragsteuerrechtlichen** Problemen kommen kann, wenn Wirtschaftsgüter des steuerrechtlichen Privatvermögens in die GmbH 1 übertragen werden sollen. Zu beachten sind §§ 17, 20 Abs. 2, 23 Abs. 1 EStG.

IV. Verhältnis EStG/ErbStG

Fall:

Die im Frühjahr 2012 verstorbene Frau F war Bewohnerin eines Altenheims. Das Altenheim führen A und B in der Rechtsform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR). In ihrem Testament hat die F die „A, B-GbR“ zur Erbin eingesetzt, und zwar mit der Anordnung, den Nachlass, der aus 800 000 Euro Festgeld besteht, zum Einbau eines Fahrstuhls zu verwenden. Rechtslage?

Fall:

Die Ehegatten F und M hatten mit notariellem Ehevertrag im Jahre 01 Gütertrennung vereinbart und im Zuge dessen einen Zugewinnausgleichsanspruch der F von 600 000 anerkannt. Die Erfüllung durch M war bis zum 31.12.06 zinslos gestundet. Dem dann im Jahr 09 gezahlten Betrag entnahm das FA einen Zinsanteil von 70 000, den es als Einkünfte aus Kapitalvermögen erfassen wollte.

Aus dem Umstand, dass das am Markt erzielte entgeltliche Einkommen dem EStG unterliegt, die unentgeltlichen Vermögenszuwächse dagegen vom ErbStG besteuert werden, folgt ein **Doppelbelastungsproblem**. Abstrakt gesehen geht es um folgende Fallkonstellationen: Bei einem unentgeltlichen Vermögensübergang von Todes wegen oder unter Lebenden gehen Vermögensbestandteile über, die für Zwecke der Ertragsbesteuerung mit einem niedrigeren Wert durch den Rechtsnachfolger fortgeführt werden, als dies für Zwecke der Erbschafts-

und Schenkungsbesteuerung der Fall ist. Kommt es in der Folgezeit – nach der Erbschafts- oder Schenkungsbesteuerung – zu einer ertragsteuerrechtlichen Realisierung, dann ist die Differenz zwischen dem ertragsteuerrechtlichen Buchwert oder den ertragsteuerrechtlichen Anschaffungskosten und dem der Erbschafts- und Schenkungsbesteuerung zugrunde liegenden Wert in der Weise doppelt belastet, dass der Differenzbetrag sowohl dem EStG als auch dem ErbStG unterfällt.

Beispiel: Vater V überträgt einen GmbH-Geschäftsanteil von 10 v. H. unentgeltlich auf seinen Sohn S. Die Anschaffungskosten sollen 100 betragen, der gemeine Wert 1000. Der unentgeltliche Übergang löst keine Veräußerungsgewinnbesteuerung nach § 17 Abs. 1 S. 1, 2 S. 1 EStG aus, da es sich nicht um eine (entgeltliche) Veräußerung handelt. Wenn allerdings S für 1000 veräußert, kommt es zur Besteuerung nach §§ 17 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1, 3 Nr. 40 lit. c EStG, und zwar in Höhe von 900 (540). Ist der Anteil für Zwecke des ErbStG nach §§ 11 Abs. 2, 199ff. BewG mit 1000 bewertet worden, dann haben 900 (540) sowohl der Einkommensteuer als auch der Erbschaftsteuer unterlegen. Es kommt zu einer doppelten Erfassung des Substrats mit Einkommensteuer einerseits und Erbschaftsteuer andererseits.

Rein **steuersystematisch** gesehen müssten sich EStG und ErbStG ausschließen. Gleichwohl entspricht es der wohl immer noch herrschenden Dogmatik, dass im Einzelfall Einkommensteuer neben der Erbschaftsteuer anfallen kann¹⁴. Es wird davon ausgegangen, dass es in Wahrheit gar nicht um eine Doppelbelastung desselben Steuersubstrats geht¹⁵.

Im **ersten Fall** ist zunächst zivilrechtlich zu fragen, wer Erbe nach der Erblasserin F geworden ist. Auszugehen ist davon, dass grundsätzlich nur Erbe werden kann, wer rechtsfähig ist. Neben den natürlichen und den juristischen Personen können zweifelsfrei auch die OHG und die KG als Erbe eingesetzt werden. Dies folgt daraus, dass sie nach §§ 124 Abs.1, 161 Abs. 1 HGB als Einheit im Rechtsverkehr auftreten und Rechte und Verbindlichkeiten erwerben können. Da auch die **GbR** nach heutiger Dogmatik¹⁶ weitgehend verselbständigt ist, wird von der überwiegenden Meinung vertreten, dass auch die GbR als solche erbfähig im Sinne des § 1923 BGB sein kann¹⁷.

Für das **Erbschaftsteuerrecht** kommt es auf die zivilrechtliche Problematik nicht an, da auch bei einem Vermögenserwerb von gesamthänderisch verbundenen Personengesellschaften durch Erbanfall oder Schenkung nicht die Gesamthandsgemeinschaft als solche, vielmehr der einzelne Gesamthänder/Gesellschafter als Erwerber zu beurteilen ist¹⁸. Das ist deshalb zutreffend, weil § 10 Abs. 1 S. 1 ErbStG zeigt, dass es in einem Erbanfallssystem auf die individuelle Bereicherung einer natürlichen oder juristischen Person anzukommen hat.

Für die **Einkommensteuer** hat der BFH in einer Entscheidung aus dem Jahre 2006 (Ausgangsfall) gemeint, dass eine für den Gewerbebetrieb eines Steuerpflichtigen bestimmte Erbschaft als Betriebseinnahme zu beurteilen sei¹⁹. Es bestehe ein tatsächlicher und wirtschaftlicher Zusammenhang der Erbschaft mit der gewerblichen Tätigkeit der GbR. Damit ist der Sachverhalt im Ergebnis sowohl mit Erbschaftsteuer als auch mit Einkommensteuer belastet. Das ist nach hier vertretener Auffassung im Sachverhalt der Altenheim-Entscheidung zu kritisieren. Zutreffend sollte wie folgt gelöst werden: Die Erbschaft ist ein privater und damit erbschaftsteuerpflichtiger Tatbestand in der Person von A und B. Die Erbschaft ist zunächst dem Privatvermögen der Gesellschafter der GbR zuzurechnen. In einem weiteren (gedanklichen) Schritt handelt es sich dann um eine **Einlage** aus dem Privatvermögen der Gesellschafter der GbR in das Betriebsvermögen der Gesellschaft.

Durch den **zweiten Fall**, der dem Beschluss des VIII. Senats des **BFH** v. 12.9.2011²⁰ nachgebildet ist, scheint nunmehr eine gewisse Bewegung in die Doppelbelastungsproblematik gekommen zu sein. *Pezzer*²¹ weist ausdrücklich darauf hin, dass es in Rechtsprechung und Schrifttum nicht abschließend geklärt ist, wie die Konkurrenz von Einkommensteuer und Erbschaft- und Schenkungsteuer aufzulösen ist. In der neuen Entscheidung wird ausgeführt, dass dann, wenn ein Lebenssachverhalt vom Tatbestand her gesehen sowohl dem EStG als auch dem ErbStG unterfällt, die Ertragsbesteuerung zurückzutreten habe. Wenn ein Rechtsträger einer anderen Person etwas schenken möchte, so handle es sich nicht um einen für die Einkommensteuer erheblichen Erwerbsvorgang, weil es nicht um die Einkunftserzielung am Markt gehe. Fehle es aber an der notwendigen Erwerbshandlung, komme eine Erfassung von Erträgen als Einkünfte nach EStG nicht in Betracht. Um eine Doppelbelastung dem Grunde nach zu

verhindern, müsse die Ertragsbesteuerung in solchen Konstellationen zurücktreten (zustimmend Keß, ZEV 2012, 119; ablehnend Hartmann, ErbStB 2012, 32).

Hinzuweisen ist auch darauf, dass bezüglich der Rechtsfrage des Verhältnisses von EStG und ErbStG eine Verfassungsbeschwerde anhängig ist (**1 BvR 1432/10**). Das BVerfG wird zu entscheiden haben, ob eine Leistungsfähigkeitssteigerung zugleich entgeltlich und einkommensteuerbar und unentgeltlich und erbschaftsteuerbar sein kann.

Ergänzender Hinweis: In einer neuen Entscheidung hat der II. Senat des BFH entschieden, dass vom Erblasser herrührende **Steuerschulden**, die am erbschaftsteuerrechtlichen Stichtag noch nicht per Steuerbescheid festgesetzt worden sind, als Nachlassverbindlichkeit nach § 10 Abs. 5 Nr. 1 ErbStG abzugsfähig sind²². Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass der Einkommensteuertatbestand ein „gestreckter“ Tatbestand ist und dass das Bereicherungsprinzip des § 10 Abs. 1 S. 1 ErbStG den Abzug rechtfertigt. Abzugrenzen ist die entschiedene Fallgruppe aber von § 24 Nr. 2 EStG. Dort handelt es sich um diejenige Variante, in der beispielsweise der Erblasser den Tatbestand der Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung (§ 21 EStG) verwirklicht hat, jedoch ein Zufluss (§ 11 Abs. 1 EStG) erst beim Rechtsnachfolger stattfindet. Weil somit erst in der Person des Rechtsnachfolgers der Steuertatbestand komplett verwirklicht wird, meint der BFH, hier komme ein Abzug nach § 10 Abs. 5 Nr. 1 ErbStG nicht in Betracht. Das ist vertretbar. Führt man sich aber vor Augen, dass die Entscheidung v. 4.7.2012 in erster Linie auf das **Bereicherungsprinzip** abstellt, dann dürfte es nur ein kleiner Schritt sein, das erbschaftsteuerrechtliche Bereicherungsprinzip auch auf die Fallgruppe des § 24 Nr. 2 EStG zu erstrecken. Auch dort liegt es nämlich so, dass der materielle Tatbestand in der Person des Erblassers verwirklicht worden ist.

V. Gesetzesänderungen 2012

1. Beschränkte Steuerpflicht/§ 2 Abs. 3 ErbStG

Fall:

Mutter M und Tochter T leben seit 1999 in den Niederlanden. Sie haben in Deutschland weder einen Wohnsitz noch einen gewöhnlichen Aufenthalt. Im Sommer des Jahres 2012 schenkt M der T ein Grundstück/Betriebsvermögen in Köln.

Es geht um das Zusammentreffen von deutschem ErbStG mit dem Europarecht, insbesondere darum, ob eine Schlechterbehandlung eines grenzüberschreitenden Erbfalls bzw. einer grenzüberschreitenden Schenkung gegen die Grundfreiheiten des EGV verstoßen kann²³. Seit der Entscheidung „Barbier“ hat der EuGH eine Reihe von Vorschriften des deutschen ErbStG wegen Verstoßes gegen Europarecht verworfen²⁴.

Der **Ausgangsfall** ist der Entscheidung des **EuGH „Vera Mattner“** nachgebildet²⁵. Ausgangspunkt ist das System des § 2 ErbStG, der zwischen unbeschränkter und beschränkter Erbschaftsteuerpflicht unterscheidet. Eine **unbeschränkte Steuerpflicht** nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 lit. a ErbStG kommt im Fall mangels eines Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthaltes nicht in Betracht. Auch § 2 Abs. 1 Nr. 1 S. 1 lit. b ErbStG ist nicht einschlägig, weil sowohl die M als auch die T mehr als fünf Jahre im Ausland leben. Gegeben ist daher (nur) eine **beschränkte Steuerpflicht** nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG. Über den Verweis auf § 121 BewG wird nur Inlandsvermögen besteuert. Dazu gehören auch in Deutschland belegene Grundstücke (§ 121 Nr. 2 BewG). Im Ergebnis unterliegt also die in Deutschland belegene Immobilie der beschränkten deutschen Erbschaftsteuerpflicht.

Die Unterscheidung zwischen unbeschränkter und beschränkter Steuerpflicht hat Bedeutung für **§ 2 ErbStG** (Umfang des deutschen Besteuerungsrechts), für **§ 10 Abs. 6 ErbStG** (Schuldenabzug), für den persönlichen Freibetrag (**§ 16 ErbStG**), für den Versorgungsfreibetrag (**§ 17 ErbStG**) und für die Anrechnung ausländischer Steuern (**§ 21 ErbStG**). Sowohl nach altem als auch nach neuem Erbschaftsteuerrecht (§ 16 Abs. 2 ErbStG) steht einem beschränkt Steuerpflichtigen nur ein minimaler Freibetrag zu. Hierin sieht der EuGH eine europarechtlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung im Vergleich zu einem unbeschränkt Steuerpflichtigen, geht also davon aus, dass § 16 Abs. 2 ErbStG gegen Art.

56ff. EGV verstößt.

In Reaktion auf die Entscheidung des EuGH ist **§ 2 Abs. 3 ErbStG** eingeführt worden²⁶. Auf **Antrag** des Erwerbers wird ein Vermögensanfall, zu dem Inlandsvermögen nach § 121 BewG gehört, insgesamt als unbeschränkt steuerpflichtig behandelt, wenn der Erblasser zur Zeit seines Todes, der Schenker zur Zeit der Ausführung der Schenkung oder der Erwerber zur Zeit der Entstehung der Steuer seinen Wohnsitz in einem Mitgliedsstaat der EU oder in einem Staat des EWR hat. In diesem Fall sind auch mehrere innerhalb von 10 Jahren vor dem Vermögensanfall und innerhalb von 10 Jahren nach dem Vermögensanfall von derselben Person anfallende Erwerbe als unbeschränkt steuerpflichtig zu behandeln und deshalb nach § 14 ErbStG zusammenzurechnen. Im Ergebnis werden also die Wirkungen der unbeschränkten Steuerpflicht auf den Gesamterwerb erstreckt. Damit soll verhindert werden, dass ein Erwerber je nach Belegenheit des Vermögens mehrfach in den Genuss der mit der unbeschränkten Steuerpflicht verbundenen Freibeträge kommen kann.

Änderungen gibt es auch bei § 16 ErbStG. Die persönlichen Freibeträge sollen nicht nur für die unbeschränkte Steuerpflicht, vielmehr auch in Sachverhalten des neuen § 2 Abs. 3 ErbStG gelten. Eine Anpassung hat auch bei § 21 Abs. 1 ErbStG stattgefunden (Anrechnung ausländischer Erbschaft- und Schenkungsteuer).

Die Neuregelung in § 2 Abs. 3 ErbStG wirft **Folgefragen** auf²⁷:

Handelt es sich um einen Erbfall und existiert eine **Erbengemeinschaft**, dann kann auf Grund des Erbanfallprinzips des deutschen ErbStG jeder Miterbe über den Antrag nach § 2 Abs. 3 ErbStG entscheiden. Schwierig wird es bei Vorschenkungen. Diese sind nach § 31 BewG mit ihrem gemeinen Wert für § 14 ErbStG zu berücksichtigen, soweit es um Sachvermögen geht. Das kann Schwierigkeiten machen, die aber auch in Fällen unbeschränkter Steuerpflicht vorliegen. Allerdings wird die deutsche Finanzverwaltung keine Unterlagen über die Lage eines allein im Ausland ansässigen Steuerpflichtigen haben. Hier droht ein Vollzugsdefizit.

Nach **§ 37 Abs. 7 ErbStG** finden die Neuregelungen auf Erwerber Anwendung, für welche die Steuer nach dem 13.12.2011 entstanden ist.

Dies gilt auch für Altfälle, für die die Steuer vor dem 14.12.2011 entstanden ist, soweit die Steuerbescheide noch nicht bestandskräftig geworden sind.

2. *Disquotale Einlagen/§ 7 Abs. 8 ErbStG*

a) Grundlagen

Fall:

X und Y sind zu jeweils 50 v. H. am Stammkapital der Z-GmbH (100 000 Euro) beteiligt. Die Z-GmbH befindet sich in wirtschaftlichen Schwierigkeiten, insbesondere ist es zu „Zahlungsstockungen“ gekommen. Daraufhin leistet X 200 000 Euro in die Kapitalrücklage der Z-GmbH.

Werden bei einer Kapitalgesellschaft durch den Anteilseigner Leistungen in die Kapitalrücklage (§ 272 Abs. 2 HGB) erbracht, dann kommt es wirtschaftlich gesehen zu einer Verlagerung von Reserven auf den oder diejenigen Anteilseigner, die sich an der Rücklagendotierung nicht beteiligt haben. Es findet aber lediglich eine **Werterhöhung** statt, mithin kein Substanzübergang.

Nach der ständigen Rechtsprechung des II. Senats des **BFH** liegt in derartigen Vorgängen ein rein gesellschaftsrechtlicher Vorgang, der nicht als freigebige Zuwendung nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG zu beurteilen ist²⁸. Im Ergebnis stellt der BFH also auf die zivilrechtliche Situation, demnach nicht auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise ab.

Mit dem Beitreibungsrichtlinie-Umsetzungsgesetz ist nunmehr mit Wirkung für Erwerbe nach dem 13.12.2011 (§ 37 Abs. 7 S. 1 ErbStG) **§ 7 Abs. 8 ErbStG** (2012) eingefügt worden. Als Schenkung gilt demnach auch die Werterhöhung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft, die eine an der Gesellschaft unmittelbar oder mittelbar beteiligte natürliche Person durch die Leistung einer anderen Person an die Gesellschaft erlangt. Freigebig sind auch Zuwendungen zwischen Kapitalgesellschaften, soweit sie in der Absicht getätigt werden, Gesellschafter zu bereichern und soweit an diesen Gesellschaften nicht unmittelbar oder mittelbar dieselben

Gesellschafter zu gleichen Teilen beteiligt sind.

Die Neuregelung hat im Schrifttum erhebliche Diskussionen ausgelöst²⁹. Die Norm ist außerordentlich **weit** gefasst, obwohl der Steuergesetzgeber in erster Linie solche Fälle vor Augen hatte, in denen der disquotale einlegende Kapitalgesellschafter und der wirtschaftlich bereicherte Mitgesellschafter in einem Näheverhältnis stehen³⁰. Der Wortlaut des § 7 Abs. 8 ErbStG lässt eine derartige Eingrenzung nicht erkennen.

Zu kritisieren ist weiterhin, dass § 7 Abs. 8 S. 1 ErbStG eine **verobjektivierte Fiktion** formuliert, so dass es auf Bereicherungsabsicht nicht ankommt! Wenn in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen wird³¹, der objektivierte Anwendungsbereich der Norm sei dadurch zu rechtfertigen, dass es sich bei Einlagen in eine Kapitalgesellschaft zumindest auch um Leistungen causa societatis handelt, so dass sich gleichsam der gesellschaftsrechtliche Leistungszweck und der private Zuwendungswille überschneiden, dann wird deutlich, dass die Norm auch Sachverhalte treffen wird, in denen es allein und in erster Linie um die Rücklagenbildung in der Kapitalgesellschaft geht, so dass die stattfindende Werterhöhung in den Anteilen der Mitgesellschafter eine gar nicht beabsichtigte Nebenfolge darstellt.

Der **Ausgangsfall** ist auf eine typische **Sanierungskonstellation** zugeschnitten. Hier meinen *van Lishaut/Ebber/Schmitz*³², dass ein Kapitalgesellschafter unter fremdüblichen Bedingungen keine disquotalen Sanierungsleistungen erbringen werde. Das ist in dieser Form unzutreffend, weil die Praxis zeigt, dass häufig nur ein Kapitalgesellschafter Leistungen in die Kapitalrücklage erbringt, um die Liquidität der Kapitalgesellschaft zu gewährleisten. Wenn argumentiert wird, der leistende Gesellschafter könne die Leistung als Stammkapitalerhöhung erbringen, so dass im Ergebnis keine disquotale Leistung anzunehmen ist, wird übersehen, dass dies in der Praxis deshalb häufig nicht gewünscht wird, weil eine spätere Kapitalherabsetzung (§§ 58ff. GmbHG) komplizierter durchzuführen ist als die Auflösung einer Kapitalrücklage.

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang aber auf die Möglichkeit der „**schuldrechtlich gebundenen Kapitalrücklage**“³³, bei der zwischen den Kapitalgesellschaftern vereinbart wird, dass im Fall der Auflösung der

Kapitalrücklage der zuvor geleistete Betrag an denjenigen Gesellschafter ausgekehrt wird, der die Rücklage erbracht hat. In dieser Variante tritt keine Werterhöhung in der Beteiligung des Mitgesellschafters ein, so dass § 7 Abs. 8 S. 1 ErbStG vom Wortlaut her nicht gegeben ist.

§ 7 Abs. 8 ErbStG macht auch **ertragsteuerrechtliche** Schwierigkeiten. Zu fragen ist nämlich, wer bei der disquotalen Einlage ertragsteuerrechtlich berücksichtigungsfähige (nachträgliche) Anschaffungskosten hat. Aus einer Entscheidung des BFH³⁴ könnte sich ergeben, dass es zu Anschaffungskosten (auch) des Mitgesellschafters kommt. Allerdings betrifft die zitierte BFH-Entscheidung einen Sonderfall³⁵. Wenn es aber bei Anschaffungskosten des in die Kapitalrücklage Leistenden bleibt, dann führt dies in der Person des Mitgesellschafters zu einer Doppelbelastung mit Einkommensteuer und Schenkungsteuer, weil nämlich die schenkungsteuerrechtlich maßgebende Werterhöhung nicht zu einer Erhöhung der ertragsteuerrechtlich maßgebenden Anschaffungskosten führt.

b) Gleichlautender Ländererlass, BStBl. I 2012, 331

Mit dem Gleichlautenden Ländererlass, BStBl. I 2012, 331 hat die Finanzverwaltung zu den Problemen des § 7 Abs. 8 ErbStG Stellung genommen. Ob eine Leistung nach § 7 Abs. 8 S. 1 ErbStG vorliegt, soll im Rahmen einer **Gesamtbetrachtung** festgestellt werden. Sofern auch die anderen Gesellschafter in einem zeitlichen und sachlichen Zusammenhang Leistungen an die Gesellschaft erbringen, die insgesamt zu einer der Beteiligungsverhältnissen entsprechenden Erhöhung der Anteile aller Gesellschafter führen, ist nach Auffassung der Verwaltung ein Steuerbarkeitsfall des § 7 Abs. 8 S. 1 ErbStG nicht gegeben. Die Auffassung ist im Grundsatz zu begrüßen, doch bleibt nebulös, was unter einer „Gesamtbetrachtung“ zu verstehen ist. Hier besteht in konkreten Sachverhalten erhebliche Rechtsunsicherheit.

In Tz. 3.3.6 und 3.3.7 befasst sich der Erlass mit den praktisch wichtigen **Sanierungskonstellationen**. Wenn Gesellschafter zu Sanierungszwecken auf Forderungen gegen die Gesellschaft verzichten wollen, das Verhältnis der Nennbeträge der Forderungen aber von den Beteiligungsquoten abweicht, bestehen nach Auffassung der Verwaltung keine Bedenken

gegen einen **vorgeschalteten Forderungsverkauf**, bei dem der verzichtende Gläubiger in einem ersten Schritt einen Teil der Forderung zum Verkehrswert an andere Gesellschafter verkauft und die Gesellschafter dann in einem zweiten Schritt beteiligungsproportional auf ihre Forderung verzichten. Und weiterhin: Ein **Forderungsverzicht** mit Besserungsabrede verbessert als auflösend bedingter Verzicht zunächst die Vermögenssituation der Gesellschaft, bewirkt also eine Werterhöhung der Anteile der Mitgesellschafter. Hier soll es an der Steuerbarkeit fehlen, weil der Gläubiger einer wertlosen Forderung nichts aus seinem Vermögen hergibt, sondern allein uneinbringbare Werte gegen Erwerbsaussichten umschichtet.

Die vorstehenden Varianten sind zwar gut gemeint, können letztlich aber nichts an dem **Grundproblem** ändern, dass es auch und gerade in Sanierungskonstellationen zu § 7 Abs. 8 ErbStG kommen kann. Im Übrigen ist nochmals darauf hinzuweisen, dass sich der Erlass nur mit Sondersituationen befasst, nicht aber auf die praktisch übliche Variante eingeht, in der schlicht eine Zahlung in die Kapitalrücklage erfolgt!

Kritisch und instruktiv zur überschießenden Tendenz des § 7 Abs. 8 ErbStG neuestens *Viskorf*³⁶. *Viskorf* spricht sich für eine „deutliche **teleologische Reduktion**“ des § 7 Abs. 8 ErbStG aus. Der Auslegung seien vor allem der Gesichtspunkt der Missbrauchsverhinderung sowie der wirtschaftliche Kontext und die Zielrichtung der Leistung zugrunde zu legen, um zu angemessenen Ergebnissen zu gelangen.

3. Verdeckte Gewinnausschüttungen/§15 Abs. 4 ErbStG

a) Grundlagen

Fall:

Frau F ist Mehrheitsgesellschafterin und Geschäftsführerin der G-GmbH. Sie stellt ihren als Ökotrophologe ausgebildeten (bislang arbeitslosen) Sohn S mit einem Gehalt von 50 000 Euro ein, obschon nur 25 000 Euro marktüblich sind.

Ertragsteuerrechtlich handelt es sich um eine verdeckte Gewinnausschüttung in Höhe von 25 000 Euro, die nach §§ 8 Abs. 3 S. 2

KStG, 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG behandelt wird. Im Übrigen liegt (nach hier vertretener Auffassung) eine freigebige Zuwendung (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG) zwischen F und S vor.

Auch für die verdeckte Gewinnausschüttung existiert eine Neuregelung, und zwar **§ 15 Abs. 4 ErbStG** (2012). Bei einer Schenkung durch eine Kapitalgesellschaft ist der Besteuerung das persönliche Verhältnis des Erwerbers zu derjenigen unmittelbar oder mittelbar beteiligten natürlichen Person zugrunde zu legen, durch die sie veranlasst wird. Die Neuregelung ist durch ein **obiter dictum** in der Entscheidung des **BFH** v. 7.11.2007³⁷ veranlasst. Der BFH hat dort ausgeführt, es komme eventuell eine freigebige Zuwendung im Verhältnis der Kapitalgesellschaft zu der nahestehenden Person in Betracht.

Rechtsmethodologisch ist es erstaunlich, dass der Steuergesetzgeber aus dieser beiläufig geäußerten Ansicht des BFH einen gleichsam subsumtionsfähigen Obersatz ableitet und prinzipiell eine freigebige Zuwendung der Gesellschaft an die nahestehende Person annehmen will.

§ 15 Abs. 4 ErbStG ist im Rahmen der **Steuerklassenregelungen** eingeordnet, so dass damit nicht der **Grundtatbestand** des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG ersetzt werden kann. Von ihm scheint der Steuergesetzgeber auszugehen, berücksichtigt aber nicht, dass – jedenfalls im Steuerrecht – eine Kapitalgesellschaft mangels Privatsphäre überhaupt nicht Zuwendender im Sinne des Schenkungsrechts sein kann³⁸.

Nach hier vertretener Auffassung ist steuersystematisch stimmig nur eine Lösung dieser Sachverhalte dahingehend, dass es auf der Ebene der Kapitalgesellschaft zu einer Gewinnerhöhung nach § 8 Abs. 3 S. 2 KStG kommt, beim Anteilseigner zu steuerpflichtigen Einkünften nach § 20 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG und zu einer freigebigen Zuwendung zwischen dem Anteilseigner und der nahestehenden Person.

Im Übrigen: Es könnte nach neuem Recht auch so liegen, dass **jede** (disquotale) verdeckte Gewinnausschüttung zur Schenkungsteuerpflicht führt!

Der Gleichlautende Ländererlass, BStBl. I 2012, 331 teilt auch die Meinung der Finanzverwaltung zur schenkungsteuerrechtlichen Behandlung ertragsteuerlicher verdeckter Gewinnausschüttungen mit. In Tz. 2.6.1 des Erlasses wird davon ausgegangen, dass eine gemischt freigebige Zuwendung im Verhältnis einer Kapitalgesellschaft zu einer nahestehenden Person anzunehmen ist, wenn die Kapitalgesellschaft auf Veranlassung eines Gesellschafters einer nahestehenden Person überhöhte Vergütungen leistet. Der in diesem Zusammenhang gegebene Hinweis auf die BFH-Entscheidung v. 7.11.2007³⁹ ist mehr als fragwürdig, weil der BFH diese Rechtsfrage noch gar **nicht** entschieden hat. Im Übrigen geht der Erlass ohne weiteres davon aus, dass in der Fallgruppe einer verdeckten Gewinnausschüttung der Grundtatbestand des **§ 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG** einschlägig ist. Auch dies ist nicht in der Rechtsprechung des BFH angelegt und steuersystematisch – insbesondere im Verhältnis zum Ertragsteuerrecht – zu kritisieren⁴⁰.

Zusammenfassend bleibt zu dem Gleichlautenden Ländererlass, BStBl. I 2012, 331 anzumerken, dass die durch §§ 7 Abs. 8, 15 Abs. 4 ErbStG aufgeworfenen Probleme nicht befriedigend gelöst werden⁴¹.

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass in Anknüpfung an § 7 Abs. 8 ErbStG auch **zivilrechtliche Konsequenzen** gezogen werden. Nach Auffassung von Mylich⁴² sollen disquotale Einlagen in Kapitalgesellschaften als Schenkungen zu qualifizieren sein, aus denen sich dann Folgen für Pflichtteilsergänzungsansprüche (§§ 2325, 2329 BGB) ergeben könnten! Das ist nach hier vertretener Auffassung wenig überzeugend. Leistungen in eine Kapitalgesellschaft, in welcher gemeinschaftlich ein weiteres wirtschaftliches Ziel erreicht werden soll, sind im Grundsatz nicht unentgeltlich. Leistungen in Kapitalgesellschaften sollten eine dritte Kategorie neben der Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit bilden.

VI. Erwerbsvorgänge und Rückwirkung

Fall:

Frau F ist/war mit 20 v. H. am Stammkapital der D-GmbH beteiligt. Eine Pool-Vereinbarung ist nicht abgeschlossen worden. Am 28.2.2012

beschließt die Gesellschafterversammlung der D-GmbH einstimmig den Formwechsel in eine GmbH & Co. KG. Dies wird am 31.5.2012 im Handelsregister eingetragen. Zwischenzeitlich ist F aufgrund der Aufregungen anlässlich der Umwandlung verstorben. Erbin ist ihre Tochter T, die nun fragt, ob sie erbschaftsteuerrechtlich begünstigtes Vermögen erworben hat.

Es kommt darauf an, was Gegenstand des Erwerbs im erbschaftsteuerrechtlichen Sinne ist. Geht es noch um den Anteil an der GmbH, dann kommt die Verschonung nicht in Frage, weil die Mindestbeteiligungsquote des § 13b Abs. 1 Nr. 3 ErbStG nicht erreicht ist. Auch eine Pool-Vereinbarung ist nicht gegeben. Würde es sich um einen übergegangenen Personengesellschaftsanteil handeln, dann greift die Begünstigung nach § 13b Abs. 1 Nr. 2 ErbStG ein, wenn denn die Verwaltungsvermögensquote nicht überschritten wird.

Zivilrechtlich (§ 202 UmwG) wird die Gesellschaft mit Eintragung des Formwechsels im Handelsregister zur Personengesellschaft. Zu fragen ist, ob die umwandlungsteuerrechtlichen Rückwirkungsregelungen (vgl. §§ 2, 9 UmwStG) auch für die Erbschaftsteuer gelten, die allerdings stichtagsbezogen ist (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG). Nach überwiegender Ansicht lässt sich der **erbschaftsteuerrechtliche Stichtag** durch einen ertragsteuerrechtlich zulässigen rückwirkend wirksamen Wechsel der Rechtsform nicht zurückverlegen⁴³.

Würde umgekehrt eine personengesellschaftsrechtliche Beteiligung übergehen und dann in die Kapitalgesellschaft formgewechselt, dann ist dieser Erwerb begünstigt, weil § 13b Abs. 1 Nr. 2 ErbStG nicht auf eine Beteiligungsquote abstellt.

VII. Poolvereinbarungen

Fall:

An der G-GmbH sind A und B mit jeweils 40 v. H., der C mit 20 v. H. beteiligt. Bei C besteht die Besonderheit darin, dass sein Geschäftsanteil keine Stimmrechte vermittelt. Kann C mit A oder B eine erbschaftsteuerrechtliche Poolvereinbarung abschließen?

Zum erbschaftsteuerrechtlich privilegierten Vermögen gehören nach **§ 13b Abs. 1 Nr. 3 ErbStG** Anteile an Kapitalgesellschaften, wenn die Gesellschaft zur Zeit der Entstehung der Steuer Sitz oder Geschäftsleitung im Inland oder in einem Mitgliedsstaat der EU oder einem Staat des EWR hat und der Erblasser oder Schenker am Nennkapital der Gesellschaft unmittelbar zu **mehr als 25 v. H.** beteiligt ist (schon oben II 2). Selbst wenn die Mindestbeteiligungsquote des § 13b Abs. 1 Nr. 3 S. 1 ErbStG nicht erreicht wird, kommt es über § 13b Abs. 1 Nr. 3 S. 2 ErbStG zur Begünstigung: In einem sog. Pool gebundene Anteile werden begünstigt, wenn die **Summe der gepoolten Anteile** die Beteiligungsquote von 25 v. H. überschreitet. Dazu muss sich der Erblasser gemeinsam mit anderen Anteilseignern einer einheitlichen **Verfügungsbeschränkung** und **Stimmbindung** unterworfen haben⁴⁴.

Die Poolvereinbarung muss eine **Verfügungsbeschränkung** und eine Stimmbindung in der Weise enthalten, dass Erblasser oder Schenker und die weiteren Gesellschafter untereinander verpflichtet sind, über die Anteile nur einheitlich zu verfügen oder ausschließlich auf andere derselben Verpflichtung unterliegende Anteilseigner zu übertragen und das Stimmrecht gegenüber nicht gebundenen Gesellschaftern einheitlich auszuüben.

Der Fall ist auf **R E 13b.6 Abs. 5 S. 1 ErbStR** zugeschnitten, der eine Neuregelung gegenüber der bisherigen Verwaltungsauffassung enthält. Demnach können stimmrechtslose Anteile nicht mehr in eine Poolvereinbarung einbezogen werden⁴⁵. Die Auffassung der ErbStR ist nicht nachzuvollziehen. Hinzuweisen ist darauf, dass nach R E 13b Abs. 5 S. 4 ErbStR eine einheitliche Stimmrechtsausübung auch durch den Stimmrechtsverzicht einzelner Anteilseigner zu erreichen ist. Andererseits sollen dann aber Beteiligungen, die von vornherein stimmrechtslos ausgestaltet sind, nicht gepoolt werden können. Im Übrigen zeigt schon die **Gesetzesbegründung**⁴⁶, dass die einheitliche Stimmrechtsausübung auch dann zu erreichen sein soll, wenn die Anteile von vornherein stimmrechtslos sind. Auch innerhalb der Finanzverwaltung scheint die Richtlinienauffassung kritisch gesehen zu werden⁴⁷. Entscheidend dürfte letztlich sein, dass das Vorhandensein von Stimmrechten keine Tatbestandsvoraussetzung des § 13b Abs. 1 Nr. 3 ErbStG darstellt.

Weitere Probleme:

Was den **Wegfall** von Verfügungsbeschränkungen bzw. der Stimmrechtsbündelung während der Behaltefrist (§ 13a Abs. 5 Nr. 5 ErbStG) angeht, ist auf R E 13a.10 Abs. 1 ErbStR hinzuweisen. Die Vereinigung aller gepoolten Anteile in der Hand eines Gesellschafters ist unschädlich. Das gilt auch für die Bestellung eines Nießbrauchs an gepoolten Anteilen oder deren Verpfändung, weil das Stimmrecht beim Nießbrauchsbesteller/Gesellschafter bleibt⁴⁸.

Nach R E 13a.10 Abs. 2 Nr. 3 ErbStR kommt es zu einem Wegfall der Begünstigung, wenn innerhalb der Behaltefrist die Beteiligung der Poolgesellschafter auf 25 v. H. oder weniger sinkt! Im Klartext bedeutet dies, dass es beim Ausscheiden von Gesellschaftern dazu kommen kann, dass nicht nur der ausscheidende Gesellschafter, vielmehr auch die im Pool verbleibenden Gesellschafter die Begünstigung verlieren. Damit tritt bei den verbleibenden Gesellschaftern ein Nachteil ein, der durch eine andere Person veranlasst ist.

R E 13a.6 Abs. 1 S. 2 ErbStR bestätigt, dass die Eröffnung des **Insolvenzverfahrens** als Veräußerung zu beurteilen ist und daher einen Verstoß gegen die Behalteregelung darstellt.

VIII. Mehrstufige Strukturen

Fall:

Frau A ist Gesellschafterin der X-GmbH, und zwar zu 20 v. H. Sie legt diesen Anteil in die Y-GmbH und Co. KG ein, an welcher sie ebenfalls beteiligt ist. Die X-GmbH hat einen Verwaltungsvermögensanteil von 15 v. H.

Wenn A ihren (nunmehrigen) Anteil an der KG überträgt, dann ist im Grundsatz begünstigungsfähiges Vermögen nach **§ 13b Abs. 1 Nr. 2 ErbStG** vorhanden. Bei der Prüfung der Verwaltungsvermögensquote der KG ist aber deren Beteiligung an der X-GmbH schädliches Verwaltungsvermögen. Trotzdem kann im Einzelfall eine derartige Struktur ins Auge gefasst werden. Verfügt nämlich die Y-GmbH & Co.

KG ihrerseits über eine sehr niedrige Verwaltungsvermögensquote, dann kann es so liegen, dass selbst nach Einbringung des Anteils an der X-GmbH die schädliche Verwaltungsvermögensquote der KG nicht überschritten wird. Und weiterhin: Nach derzeitiger Rechtslage kann das Vermögen der KG sogar noch durch Barvermögen angereichert werden (oben III).

IX. Nießbrauch

Fall:

Ehemann M hatte seiner Tochter T einen Kommanditanteil unter Vorbehalt eines quotalen Nießbrauchs und unter Zurückbehaltung seines Gesellschafterdarlehenskontos übertragen. M war Mitunternehmer der KG geblieben, weil er am Gewinn, am Verlust und am Auseinandersetzungsguthaben beteiligt war und weiterhin Einfluss auf die Stimmrechtsausübung hatte. Der Nießbrauch sollte aufschiebend bedingt durch den Tod des M auf die Ehefrau F übergehen. Nach dem Tod des M kam es zum Streit mit dem FA darüber, ob für den Mitunternehmeranteil die erbschaftsteuerrechtlichen Verschonungen für Unternehmensvermögen anwendbar sind und der Kapitalwert des Nießbrauchs zusätzlich als Erwerb zu besteuern ist.

Der Fall ist (vereinfacht) der Entscheidung des BFH v. 1.9.2011⁴⁹ nachgebildet. Nach bisheriger Dogmatik war nicht geklärt, ob der Erwerber eines unentgeltlichen Zuwendungsnießbrauchs an einem Personengesellschaftsanteil die erbschaftsteuerrechtlichen Verschonungsregelungen in Anspruch nehmen kann, wenn er im Zuge des Erbfalls Mitunternehmer der Personengesellschaft wird.

Auszugehen ist zunächst davon, dass für das Erbschaftsteuerrecht und insbesondere für **§ 13b Abs. 1 Nr. 2 ErbStG** vom **ertragsteuerrechtlichen Mitunternehmerbegriff** des § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG auszugehen ist. Nach Auffassung des BFH (aaO.) hat die F mit dem Nießbrauchsrecht einen begünstigten Mitunternehmeranteil geerbt, so dass der Nießbrauch nicht noch mal gesondert als Erwerb anzusetzen ist. Zwar ist die Entscheidung zum früheren § 13a ErbStG a. F. ergangen,

doch kann für § 13b Abs. 1 Nr. 2 ErbStG nichts anderes gelten⁵⁰.

Die Entscheidung ist deshalb wichtig, weil damit **entgegen** der bisherigen Praxis der Finanzverwaltung die Einräumung obligatorischer oder dinglicher Nutzungsrechte an begünstigtem Vermögen die erbschaftsteuerrechtlichen Verschonungen nicht ausschließt⁵¹. Der BFH begründet seine Auffassung mit dem Argument, dass der im Erbschaftsteuerrecht verwendete Gesellschafterbegriff nicht zivilrechtlich, sondern ertragsteuerrechtlich zu verstehen ist. I. E. kommt es also für die erbschaftsteuerrechtlichen Verschonungen allein darauf an, dass ein Mitunternehmeranteil im Sinne der ertragsteuerrechtlichen Betrachtung in Rede steht⁵².

Für die **Praxis** sollte auf Folgendes geachtet werden: Geht es lediglich um einen Ertragsnießbrauch, dann dürfte dies nicht die Voraussetzungen des § 13b Abs. 1 Nr. 2 ErbStG erfüllen, weil das im Rahmen des § 15 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EStG erforderliche Kriterium der Mitunternehmerinitiative nicht erfüllt ist. Letztlich müssen also auch Verwaltungsrechte eingeräumt werden.

X. Optionsverschonung

Fall:

Mutter M ist im Sommer des Jahres 2012 verstorben. In ihrem Vermögen befinden sich u. a. zwei kommanditistische Beteiligungen sowie ein Geschäftsanteil in Höhe von 40 v. H. an der G-GmbH. Alleinerbin der M ist ihre Tochter T, die sich von ihrem Steuerberater S über die erbschaftsteuerrechtliche Situation informieren lässt. Bei den kommanditistischen Beteiligungen wird eine sog. Verwaltungsvermögensquote von ca. 40 v. H. ermittelt, demgegenüber die G-GmbH nur eine Verwaltungsvermögensquote von 5 v. H. hat. S rät bezüglich der GmbH zur sog. Option.

Handelt es sich um begünstigtes Vermögen nach § 13b Abs. 1 ErbStG, dann liegt es nach der Regelsverschonung der §§ 13a Abs. 1 S. 1, 13b Abs. 4 ErbStG so, dass 85 v. H. des begünstigten Vermögens befreit sind. Dies

setzt allerdings voraus, dass das im Grundsatz begünstigte Vermögen bzw. das Vermögen der begünstigten Gesellschaften nicht zu mehr als 50 v. H. aus Verwaltungsvermögen besteht (§ 13b Abs. 2 S. 1 ErbStG).

Zu einer Begünstigung von 100 v. H. kommt es unter den Voraussetzungen des **§ 13a Abs. 8 ErbStG**. Hier ist jedoch Voraussetzung, dass die Verwaltungsvermögensquote maximal 10 v. H. beträgt.

Hinzuweisen ist zunächst darauf, dass die Optionsverschonung des § 13a Abs. 8 ErbStG von einem Antrag abhängig ist. Der Antrag kann grundsätzlich bis zum Eintritt der materiellen Bestandskraft gestellt werden (R E 13a.13 Abs. 2 S. 2 ErbStR).

Im Fall geht es um den begünstigten Erwerb **mehrerer** betrieblicher Einheiten. Nach **R E 13a.13 Abs. 1 ErbStR** kann der Erwerber den Antrag auf die Optionsverschonung im Erbfall insgesamt nur **einheitlich** für alle Arten des erworbenen begünstigten Vermögens stellen. Bei Schenkungen (unter Lebenden) soll bei Vorliegen eines „einheitlichen Schenkungswillens“ nur von einer Schenkung auszugehen sein.

Die Auffassung der Richtlinien ist nicht nur fragwürdig, sondern mit dem **System** der §§ 13a, 13b ErbStG **nicht zu vereinbaren**. Das zeigt schon ein Blick auf die Nachsteuertatbestände des § 13a Abs. 5 ErbStG, die zwischen den einzelnen begünstigten Einheiten differenzieren. Wäre die Auffassung der Richtlinien zutreffend, dann müsste es konsequenterweise auch so liegen, dass bei einem Verstoß innerhalb der Behaltefrist bei einer der vererbten/geschenkten Einheiten für sämtliche Einheiten der Nachsteuertatbestand gegeben wäre.

Die Auffassung der Richtlinien ist noch mit einem weiteren **Problem** verknüpft:

Beispiel: Vater V ist Inhaber aller Anteile an einer GmbH. Außerdem führt er einen Gewerbebetrieb. Er überträgt die Anteile an der GmbH und den Gewerbebetrieb auf seinen Sohn S. Die Quote des Verwaltungsvermögens soll bei der GmbH 9 v. H. und beim Gewerbebetrieb 12 v. H. betragen. Da die Anteile an der GmbH einen hohen gemeinen Wert haben, wird die Optionsverschonung beantragt.

Nach *Mannek*⁵³ soll der Antrag als einheitliche Option **auch** für den Gewerbebetrieb gelten, so dass insoweit überhaupt keine Verschonung gewährt werden soll! Obwohl die Quote des Verwaltungsvermögens beim Gewerbebetrieb die Regelgrenze von 50 v. H. nicht übersteigt, soll also keine Regelverschonung in Betracht kommen. Für die übertragenen Anteile an der GmbH soll aber die volle Befreiung gewährt werden.

Sollte in der Folgezeit (Betriebsprüfung) festgestellt werden, dass der gemeine Wert der GmbH-Beteiligung niedriger ist, erhöht sich automatisch die Verwaltungsvermögensquote, beispielsweise auf 15 v. H. Hier wäre dann zu befürchten, dass auch die Regelverschonung versagt wird. R E 13a.13 Abs. 3 S. 4 ErbStR meint aber, dass die Regelverschonung gewährt wird, wenn nachträglich im Rahmen einer Betriebsprüfung ermittelt wird, dass die Verwaltungsvermögensgrenze für die Optionsverschonung nicht erfüllt ist.

XI. Exkurs: Eheliches Güterrecht

Fall:

Herr M und Frau F sind seit 1990 verheiratet, und sie leben im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft. Am Nachmittag des 9.9.2012 ermitteln M und F ihre gegenwärtigen Vermögensverhältnisse. Dabei stellt sich heraus, dass der Zugewinn der F 3 Mio. Euro seit Beginn der Ehe beträgt, derjenige des M 1 Mio. Euro. Am folgenden Tag erscheinen M und F beim Notar N. Sie möchten zum 10.9.2011 24 Uhr die Zugewinnngemeinschaft beenden und in die Gütertrennung überwechseln. Ab dem 11.9.2012 0 Uhr wollen sie wieder Zugewinnngemeinschaft vereinbaren. All dies wird von N beurkundet. In Folge davon überweist F dem M 1 Mio. Euro.

Abwandlung:

Wie würde es liegen, wenn sich der M mit einer Zahlung von 500 000 Euro zufrieden gibt?

Abwandlung:

Im Ausgangsfall ersparen sich die Eheleute den Gang zum Notar und die Notarkosten. Daraufhin erlässt das zuständige FA einen Schenkungsteuerbescheid. M, er ist Fachanwalt für Familienrecht, zeigt sich empört und weist darauf hin, dass § 5 Abs. 2 ErbStG eine reine Förmelerei sei.

Wird der gesetzliche Güterstand der Zugewinnngemeinschaft in anderer Weise als durch den Tod eines Ehegatten beendet, dann gehört die rechnerisch ermittelte Ausgleichsforderung (§ 1378 BGB) nicht zu den Erwerben nach § 7 ErbStG. I. E. ist damit der rechnerisch ermittelte Zugewinnausgleich bei **§ 5 Abs. 2 ErbStG** nicht steuerbar.

Haben demnach die Ehegatten den Güterstand der Zugewinnngemeinschaft durch formgültigen Ehevertrag bei Fortbestand der Ehe beendet und wird der güterrechtlich ermittelte Zugewinnausgleichsanspruch geleistet, dann ist dies erbschaftsteuerrechtlich beachtlich, so dass auch die Möglichkeit der sog. **Güterstandsschaukel** eröffnet ist, mithin das Zurückkehren in den gesetzlichen Güterstand⁵⁴. In der vorstehend zitierten Leitentscheidung des BFH wird klargestellt, dass es sich weder um ein Scheingeschäft handelt, noch liegt ein Missbrauch nach § 42 AO vor, und zwar auch dann nicht – wie im BFH-Sachverhalt –, wenn die güterrechtliche Ausgleichsforderung bis zum Tod des ausgleichspflichtigen Ehegatten gestundet wird! Hinzuweisen ist auch darauf, dass sich im § 5 Abs. 2 ErbStG **keine** Begrenzung der Höhe nach findet.

Der vorgezogene, lebzeitige und nicht steuerbare Zugewinnausgleich eröffnet erhebliche **Gestaltungsmöglichkeiten**. Z. B. kann an den weniger vermögenden Ehegatten Vermögen transferiert werden, der es dann seinerseits unter Ausnutzung der erbschaftsteuerrechtlichen Freibeträge auf andere Personen überträgt.

Wer vorsichtig vorgeht, sollte darauf achten, dass die Aufhebung der Zugewinnngemeinschaft und die Neubegründung des gesetzlichen Güterstandes in **zwei** getrennten Urkunden vorgenommen werden.

§ 5 Abs. 2 ErbStG ist nicht anwendbar, wenn die Ehegatten im Wege des sog. **fliegenden Zugewinnausgleichs** (zweite Abwandlung) den von ihnen

ermittelten Betrag auf den anderen Ehegatten übertragen. Der BFH knüpft an die formale güterrechtliche Situation an, aus der sich ergibt, dass beim fliegenden Zugewinnausgleich eben keine Beendigung des Güterstandes stattgefunden hat⁵⁵. Als Folge davon führt die Leistung des einen an den anderen Ehegatten zum Tatbestand des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG.

Interessant ist die erste Abwandlung. Hier ist zu fragen, ob der „**Verzicht**“ des Ehegatten auf den vollen Zugewinnausgleich zu einer freigebigen Zuwendung nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG an denjenigen führt, der zum Zugewinnausgleich verpflichtet ist. Es wird wohl darauf ankommen, ob der gesetzliche Güterstand formal beendet worden ist.

¹ Prof. Dr. Georg Crezelius ist Inhaber des Lehrstuhls für Steuerrecht an der Universität Bamberg.

² Tipke/Lang/Seer, Steuerrecht, 20. Aufl., 2010, § 13 Rn. 103.

³ Vgl. Tipke, Die Steuerrechtsordnung, 2. Aufl., 2000 ff., Bd. II, S. 883; auch Kirchhof, EStG, 11. Aufl., 2012, Einleitung Rn. 5; Steichen, FS Tipke, 1995, S. 365.

⁴ Seer, StuW 1997, 283; Viskorf, in: Verdient – unverdient (Hrsg. Pöllath), 2008, S. 27; Tipke/Lang/Seer (Fn. 2), Steuerrecht, § 13 Rn. 104.

⁵ Viskorf, aaO.

⁶ BStBl. II 2007, 192.

⁷ BFH v. 27.9.2012, DStR 2012, 2063.

⁸ BFH v. 27.9.2012, DStR 2012, 2063 Tz. 103ff.; auch Piltz, DStR 2010, 1913.

⁹ BVerfG, ZEV 2012, 171; BFH v. 1.4.2010, BStBl. II 2010, 558.

¹⁰ Wachter, DStR 2011, 2331, 2334.

¹¹ BR-Drucks. 302/1/12 S. 122ff.

¹² BFH v. 27.9.2012, DStR 2012, 2063 Tz. 107 ff.

¹³ BFH v. 27.9.2012, DStR 2012, 2063 Tz. 132; Piltz, DStR 2010, 1913.

¹⁴ BFH v. 22.2.1976, BStBl. II 1977, 420; BFH v. 26.11.1986, BStBl. II 1987, 175; Moench/Weinmann, ErbStG, Stand: Juni 2012, Einführung Rn. 54 ff.; kritisch Meincke, ErbStG, 16. Aufl., 2012, Einführung Rn. 3.

¹⁵ Vgl. BFH v. 17.2.2010, BStBl. II 2010, 641, 643.

¹⁶ BGHZ 146, 341.

- ¹⁷ MünchKomm/BGB/*Leipold*, 5. Aufl., 2010, § 1923 Rn. 31; *Otte*, FS H. P. Westermann, 2008, S. 535; Palandt/*Weidlich*, BGB, 71. Aufl., 2012, § 1923 Rn. 7.
- ¹⁸ BFH v. 14.9.1994, BStBl. II 1995, 81; *Moench/Weinmann* (Fn. 14), ErbStG, § 2 Rn. 9; kritisch *Meincke*, ErbStG, § 1 Rn. 7.
- ¹⁹ BFH v. 14.3.2006, BStBl. II 2006, 650.
- ²⁰ BFH/NV 2012, 229; dazu *Pezzer*, BFH/PR 2012, 87.
- ²¹ *Pezzer*, aaO.
- ²² BFH v. 4.7.2012, DStR 2012, 1698 gegen BFH v. 15.1.2003, BStBl. II 2003, 267.
- ²³ Näher z. B. *Hey*, DStR 2011, 1149; *Troll/Gebel/Jülicher*, ErbStG, Stand: Apr. 2012, § 2 Rn. 301 ff.
- ²⁴ Zum Beispiel EuGH, DStRE 2004, 93; näher *Troll/Gebel/Jülicher* (Fn. 23), § 2 Rn. 301ff.
- ²⁵ EuGH v. 22.04.2010, DStR 2010, 861 = ZEV 2010, 270 m. Amn. *Jochum*.
- ²⁶ Dazu *Eisele*, NWB 2012, 1591; *Geck/Messner*, ZEV 2011, 416f.
- ²⁷ *Geck/Messner*, ZEV 2011, 416, 417.
- ²⁸ BFH v. 17.10.2007, BStBl. II 2008, 381; BFH v. 9.12.2009, BStBl. II 2010, 566.
- ²⁹ Zum Beispiel *van Lishaut/Ebber/Schmitz*, Ubg. 2012, 1; *Riedel*, NZI 2011, 577; vgl. auch *Crezelius*, ZEV, 2011, 393.
- ³⁰ BT-Drucks. 17/6263, S. 146; auch *van Lishaut/Ebber/Schmitz*, Ubg. 2012, 1, 3.
- ³¹ *Van Lishaut/Eber/Schmitz*, Ubg. 2012, 1, 4.
- ³² *Van Lishaut/Ebber/Schmitz*, aaO.
- ³³ *Priester*, GS Knobbe-Keuk, 1997, S. 392.
- ³⁴ V. 12.12.2000, BStBl. II 2001, 234.
- ³⁵ Vgl. auch *Kirchhof/Gosch*, EStG (Fn. 3), § 17 Rn. 93.
- ³⁶ *Viskorf*, ZEV 2012, 442.
- ³⁷ BStBl. II 2008, 258.
- ³⁸ Vgl. BFH v. 6.7.2000, BStBl. II 2002, 490; *Gosch/Lambrecht*, KStG, 2. Aufl., 2009, § 7 Rn. 20, (Roser) § 8 Rn. 67 ff.
- .
- ³⁹ BStBl. II 2008, 258.
- ⁴⁰ Deutlich auch die Stellungnahme der Bundessteuerberaterkammer v. 4.7.2012 an das BMF; auch nach *Viskorf*, ZEV 2012, 442 ist in einer ertragsteuerrechtlich verdeckten Gewinnausschüttung nicht stets eine freigebige Zuwendung zu sehen.
- ⁴¹ Kritisch daher *Kahlert/Schmidt*, DStR 2012, 1208; *St. Viskorf/Haag*, DStR 2012,

1166; auch *Fuhrmann/Potsch*, NZI 2012, 681.

⁴² ZEV 2012, 229.

⁴³ Zum Beispiel *Moench/Weinmann* (Fn. 14), Stand: Juni 2012, § 11 Rn. 3 m. N. auch zur Gegenansicht.

⁴⁴ Ausführlich und zur Entstehung *Hübner*, Erbschaftsteuerreform 2009, 2008, S. 422ff.

⁴⁵ Kritisch *Fuhrmann/Urbach*, KÖSDI 2012, 17846, 17850; *Günther*, ErbStB 2011, 313, 314.

⁴⁶ BT-Drucks. 16/7918, S. 35.

⁴⁷ *Mannek*, ZEV 2012, 6, 11.

⁴⁸ Vgl. *Fuhrmann/Urbach*, KÖSDI 2012, 17846, 17851.

⁴⁹ BFH/NV 2011, 2066; dazu *Korn*, KÖSDI 2012, 17736; *St. Viskorf/Haag*, ZEV 2012, 24.

⁵⁰ Deutlich *Viskorf*, Arbeitsbuch der Jahresarbeitstagung der Fachanwälte für Steuerrecht 2012, S. 674.

⁵¹ Vgl. FG Düsseldorf v. 28.10.2009, DStRE 2010, 1069.

⁵² Deutlich *St. Viskorf/Haag*, ZEV 2012, 24, 26.

⁵³ *Mannek*, ZEV 2012, 6, 10.

⁵⁴ BFH vom 12.7.2005, BStBl. II 2005, 843; aus dem Schrifttum für viele *Moench/Weinmann* (Fn. 14), § 5 Rn. 68.

⁵⁵ Vgl. BFH vom 24.8.2005, DStR 2006, 178.

Die Familiencharta und das Familienunternehmen – Bedeutung und Schnittstellen zum Gesellschaftsvertrag

KNUT WERNER LANGE¹

I. Einführung

Das Thema Corporate Governance ist spätestens seit Mitte der 1990er Jahre Gegenstand der öffentlichen wie der wissenschaftlichen Diskussion. Es geht dabei um Verhaltensmaßstäbe zur guten Unternehmensführung für Geschäftsleitung wie für Unternehmensaufsicht gleichermaßen. Ausgangspunkt der Debatte waren und sind nach wie vor hauptsächlich die besonderen Probleme börsennotierter Publikumskapitalgesellschaften.

Um die Bedeutung von Governance gerade bei Familienunternehmen richtig zu erfassen, muss man einen Ansatz wählen, der über denjenigen bei Publikumskapitalgesellschaften hinausreicht². Während es dort vor allem um Probleme geht, die aus dem Auseinanderfallen von Eigentum und Verfügungsgewalt resultieren (sog. Prinzipal-Agent-Konflikt), muss bei Familienunternehmen auch die Eigentümerstruktur berücksichtigt werden. Die Stabilität von Familienunternehmen beruht nämlich auf drei Faktoren: der Familie, dem Unternehmen (insbesondere dem Eigentum daran) und der Geschäftsführung. Bedeutsam ist dabei, dass diese drei Faktoren in Wechselwirkung zueinander stehen. Die Richtigkeit dieses Ansatzes erkennt man schon daran, dass zu den wesentlichen Charakteristika eines Familienunternehmens insbesondere die Betonung familienspezifischer Werte zählt³. In Wissenschaft und Praxis wird daher zu Recht gefordert, die Familie stärker in die Governance-Debatte einzubeziehen.

Corporate Governance in Familienunternehmen darf sich also nicht nur verkürzend ausschließlich mit dem Unternehmen befassen. Unternehmensbedrohende Konflikte entstammen vielfach der Familie, weshalb eine seriöse Betrachtung auch hier ansetzen muss. Auf diese Weise wird zugleich der Tatsache Rechnung getragen, dass sich die

klassische Corporate Governance regelmäßig nur mit dem Beziehungsgeflecht zwischen Markt, Unternehmensführung und Anteilseignern befasst und selbst bei einem erweiterten Stakeholder-Ansatz die Unternehmerfamilie nicht einbezieht. Gerade bei Familienunternehmen hat sich diese Herangehensweise aber als verkürzend erwiesen. Zunehmend wird daher erkannt, dass die klassische Corporate Governance in Familienunternehmen um eine Family Governance ergänzt werden muss⁴. Ein wichtiges Element der Family Governance ist die Familiencharta bzw. Familienverfassung⁵, deren Zweck es ist, Leitlinien sowohl für die Angehörigen der Familie als auch für das Familienunternehmen und die dort Beschäftigten aufzustellen, um so den Unternehmenserfolg langfristig sicherzustellen und zugleich den Einfluss der Familie im Unternehmen angemessen zu wahren.

II. Das Familienunternehmen und die Unternehmerfamilie

1. Zur Typologie von Familienunternehmen

Aus diesen Ausführungen sollte nicht vorschnell geschlossen werden, dass jede Unternehmerfamilie eine Familiencharta bräuchte, zumal der Begriff des Familienunternehmens eine große Vielzahl höchst unterschiedlicher Unternehmenstypen beschreibt⁶. Vielmehr ist vorrangig nach der Unternehmerfamilie zu differenzieren, denn für das Familienunternehmen kennzeichnend ist weniger die Unternehmensgröße (anders als bei KMU)⁷, als vielmehr der Umstand, dass in ihm eine Familie maßgeblich die Unternehmensstrategie mitgestaltet und die grundlegenden unternehmerischen Entscheidungen fällt. Bei einem Familienunternehmen bestimmen Familienangehörige die grundlegenden Entscheidungen, sodass die Familie das Unternehmen nach innen und außen prägt. Man muss daher für die Beantwortung der Frage nach der Erforderlichkeit einer Familiencharta von der Unternehmerfamilie ausgehen.

Familienunternehmen gehen häufig auf einen Gründer zurück, der das Unternehmen aufbaut, selbst sämtliche Anteile hält und die maßgeblichen Entscheidungen autonom trifft. Probleme der Family Governance treten hier in der Regel nur dann auf, wenn es um die Auswahl des bzw. der Nachfolger geht. Überträgt der Gründer sein Unternehmen, sei es lebzeitig

im Wege der vorweggenommenen Erbfolge oder sei es von Todes wegen⁸, auf seine Abkömmlinge, entwickelt sich das Unternehmen zu einer sog. Geschwistergesellschaft, mit zwei oder nur wenig mehr Gesellschaftern. Erst ab der dritten oder vierten Evolutionsstufe (Vetterngesellschaft oder Familiendynastie) entstehen Formen von Familienunternehmen, deren Gesellschafterkreis durch eine mehr oder weniger große Zahl familienangehöriger Anteilseigner mit häufig recht kleinen Beteiligungen gekennzeichnet ist. Vetterngesellschaften und Familiendynastien entstehen dann, wenn die Familien relativ stark wachsen und die Anteile von der älteren Generation auf viele Abkömmlinge verteilt werden⁹.

In solchen recht komplexen Mehrgenerationenfamilienunternehmen¹⁰ sind die drei Systeme – Familie, Unternehmensleitung und Gesellschafterstellung – nicht mehr deckungsgleich, sondern fallen vielmehr zum Teil deutlich auseinander. So sind Familienmitglieder vorhanden, die nicht in der Unternehmensführung beschäftigt sind und auch keine Anteile an der Gesellschaft halten. Hierbei kann es sich um ein angeheiratetes Familienmitglied oder um ein Kleinkind handeln, dem noch keine Anteile übertragen wurden. Wird ein Schwiegekind in die Unternehmensführung berufen, müssen ihm nicht zwangsläufig auch Anteile überschrieben werden. Der Fremdgeschäftsführer kann eine (geringe) Unternehmensbeteiligung halten, er ist aber nicht Familienmitglied. Ferner existieren familienangehörige Gesellschafter, die nicht in der Unternehmensleitung tätig sind.

Erst in einem solch komplexen Familienunternehmen der dritten oder vierten Evolutionsstufe werden funktionierende Governance-Regeln auf Familienebene unverzichtbar. Intern geht es dabei um den Ausgleich divergierender Interessen und extern um das Verhältnis zu Dritten¹¹. Die Governance ist daher vor allem in Familienunternehmen mit einem großen Gesellschafterkreis um die Facette „Familie“ zu erweitern. Diese Family Governance eröffnet vor allem für die vielfältigen Schnittstellen zwischen Familie und Unternehmen eine neue, hier genauer zu betrachtende Dimension. Dabei spielt die Familiencharta eine bedeutsame Rolle.

2. Herausforderungen in Mehrgenerationenfamilienunternehmen

Der Wert einer solchen Typenbildung für die juristische Arbeit liegt, wie es *Langenfeld* treffend ausgedrückt hat, „in der Bewusstmachung der Chancen und Probleme der familiären Bindung der Gesellschafter“¹². Diese Risiken nehmen aber gerade bei Mehrgenerationenfamilienunternehmen der dritten und vierten Evolutionsstufe erheblich zu¹³.

Familienmitglieder mit nur geringen Unternehmensbeteiligungen, die weit entfernt von der Betriebsstätte leben und arbeiten, verfügen oft nur über wenige Informationen. Dies wird namentlich dann problematisch, wenn es einmal auf ihre Zustimmung ankommen sollte. Je weiter man sich vom Familienunternehmen entfernt, sei es geistig oder räumlich, desto distanzierter wird man. Wichtig ist vielleicht nur noch die Höhe der jährlichen Dividende, an die man sich so sehr gewöhnt hat, dass man kein Verständnis aufbringt, sollte sie einmal ausfallen. Macht das Unternehmen negative Schlagzeilen und wird man aus dem Freundeskreis heraus auf einen Skandal angesprochen, reagiert man unter Umständen verärgert auf die Unternehmensleitung.

Gänzlich anders sieht die Sache bei denjenigen Familienmitgliedern aus, die selbst in verantwortlicher Führungs- oder Aufsichtsposition tätig sind. Sie verfügen über intime Kenntnisse, leben mit und für das Unternehmen, betrachten es als „ihr Werk“ und stellen dessen Wohlergehen an die erste Stelle. Für sie sind die entfernten Verwandten vielleicht zu lästigen Kostgängern geworden.

Zudem ist auf die für Familienunternehmen riskante Informationsasymmetrie zwischen den einzelnen Familienmitgliedern hinzuweisen, die zu einer Quelle des Misstrauens werden kann. Auf der einen Seite stehen die Familienmitglieder mit extrem kleinen Beteiligungen, die eventuell im Ausland leben und die aufgrund ihrer Ausbildung nicht in der Lage sind, die Unternehmenspolitik nachzuvollziehen. Auf der anderen Seite stehen die Sprecher der Familienstämme, die im Hinterzimmer die Unternehmens- und auch die Familienpolitik bestimmen.

Der teilweise sehr heterogene Gesellschafterkreis, stark divergierende Anteilsgrößen, eine unterschiedliche Nähe zum Unternehmen, unterschiedliche Lebensalter, eine ungleiche Ausbildung etc. können dazu

führen, dass sich die Familienmitglieder untereinander entfremden und der Gesellschafterkreis durch heterogene Interessen geprägt wird, die eine klare und zielgeführte Unternehmenspolitik blockieren können¹⁴. Sind aber überwiegend familienfremde Personen im Management tätig, muss die Familie trotz ihrer Heterogenität sicherstellen, dass sie im weitesten Sinne eine sinnvolle und effektive Kontrolle auszuüben vermag, damit die spezifischen Eigenheiten als Familienunternehmen gewahrt werden. Auch die Mitglieder einer weit verzweigten Familie müssen ihre Rechte und Pflichten als Gesellschafter ausüben können.

Zusammenfassend ist zu sagen, dass mit der dritten Evolutionsstufe die Aspekte der Bewahrung der Familienharmonie, der Streitvermeidung bzw. -schlichtung, die Erhaltung der Familienkultur, die Zusammenarbeit zwischen den Generationen¹⁵ und die Verbindung der Familie zum Geschäft erheblich an Bedeutung gewinnen. Dies gilt nicht zuletzt, wenn sich die Familie auf eine stärker kapitalmäßige Beteiligung fokussiert bzw. fokussieren muss.

III. Die Familiencharta

1. Die Familiencharta als Teil der Governance-Struktur des Familienunternehmens

Aufgrund der besonders engen familiären Bindungen der Eigentümer eines Familienunternehmens untereinander ist jeder Konflikt zwischen Gesellschaftern besonders folgeschwer und birgt Gefahren für den Fortbestand des Familienunternehmens¹⁶. Zugleich nehmen die emotionalen Bindungen zwischen den Familienmitgliedern mit jeder hinzutretenden Generation ab. Will die Familie den Charakter ihres Unternehmens als Familienunternehmen bewahren, kommt sie nicht umhin, sich ab der dritten Evolutionsstufe intensiver mit sich selbst, also dem Kreis der Anteilseigner und den jeweiligen Angehörigen, auseinanderzusetzen.

Aus dem oben Gesagten folgt, dass diese Family Governance eine Art Subsystem oder Sonderinstrument der Corporate Governance im Familienunternehmen darstellt¹⁷. Daher wird man – und hierin unterscheidet sich der Ansatz fundamental von demjenigen, der in

Publikumskapitalgesellschaften vorherrscht – die drei angesprochenen Systeme bzw. Regelungskreise in einem Familienunternehmen genau betrachten. Diese Vorgehensweise setzt somit dort an, wo das Familienunternehmen einzigartig ist: in seiner Verbindung von Familie und Unternehmen. Eine solche Herangehensweise blendet die Familie und ihren Einfluss bewusst nicht aus¹⁸.

Daraus folgt ein zweistufiger Aufbau zur Analyse der gesamten Governance-Struktur eines Familienunternehmens. Es muss erstens untersucht werden, ob die drei Systeme, also die Familie, die Unternehmensleitung und das Unternehmen, jeweils für sich genommen vernünftig „geregelt“ sind. Im zweiten Schritt sind sodann die Schnittstellen zwischen den einzelnen Regelwerken zu betrachten. Hier soll es allein um die Familiencharta als einem Element der Family Governance gehen.

2. Das „System Unternehmerfamilie“

Hinsichtlich des „Systems Unternehmerfamilie“ ist in den meisten Familienunternehmen gar nichts geordnet. Wenn vorhanden, finden sich allenfalls in Eheverträgen, Testamenten bzw. Erbverträgen einige Bezüge zum Unternehmen bzw. zum in Rede stehenden Gesellschaftsanteil. Das Beziehungsgeflecht zwischen den Eigentümern zur Familie und zwischen der Unternehmensführung und der Familie ist zumeist ungeregelt und nicht durchdacht, sondern mehr oder weniger zufällig entstanden. Häufig vertraut man schlicht auf die Einheit der Familie. Eine solche Einstellung verdrängt, dass sich die Bindungen im Laufe der Zeit lockern und zwischen den Generationen sogar auflösen können. Gerade große Unternehmerfamilien bedürfen deshalb eines ordnenden Rahmens, soll das sie einende Band nicht eines Tages reißen.

Hier muss die Family Governance Planungssicherheit durch das Klären grundsätzlicher Fragen, das Bündeln von Interessen, sowie die Stärkung des Zusammenhaltes schaffen. Sie muss an die Stelle von Willkür und Zufall ein geordnetes Verfahren, verbesserte Entscheidungsprozesse und Transparenz setzen. Auf diese Weise wird die Zahl der Konflikte gesenkt, ihre Schlichtung erleichtert und Raum für die Lösung von Zukunftsaufgaben geschaffen.

3. Aufgaben und Ziele der Familiencharta

Das jedes Familienunternehmen kennzeichnende Spannungsfeld zwischen den beiden recht unterschiedlichen Typen sozialer Systeme macht das erhöhte Chancen-, aber auch Risikopotenzial von Familienunternehmen aus. Die bewusste Steuerung des hoffentlich erfolgreichen Zusammenwirkens von Unternehmen und Eigentümerfamilie kann deshalb als Hauptfunktion einer jeden Governance in Familienunternehmen bezeichnet werden¹⁹. Auch die Familie, vor allem wenn es sich um eine größere Familie handelt, muss sich organisieren und dies auch als unternehmerische Aufgabe begreifen.

Anders als bei der Corporate Governance steht bei der Family Governance nicht die Geschäftsführung, sondern die Familie im Zentrum der Betrachtung. Die meisten Unternehmerfamilien sind zwar von bestimmten Wertvorstellungen durchdrungen und vom Wesen des oder der Gründer geprägt. Diese wurden aber üblicherweise weder schriftlich festgehalten noch in irgendeiner Form in formalisierte Strukturen überführt. Die Familiencharta greift dies auf. Der Jurist schaut dabei vorschnell auf das Ergebnis, die Familiencharta. Mindestens ebenso bedeutsam ist allerdings der Prozess, der zu ihrer Entstehung führt²⁰. Die Einigung auf ein gemeinsames Ziel stärkt den Zusammenhalt in der Familie und ermöglicht gelegentlich erst eine konstruktive Zusammenarbeit. Werte, Ziele und Rollenverständnis der Unternehmerfamilie werden so gemeinsam definiert, um eine tragfähige Grundüberzeugung zu entwickeln. Die Charta muss einen Abwägungsprozess abschließen, der die subjektiven und emotionalen Aspekte der Familie (Gerechtigkeit, Gleichheit, Zuneigung etc.) mit den objektiven Interessen des Unternehmens (Wachstum, Professionalität der Geschäftsführung etc.) gleichermaßen austariert²¹.

Unter einer Familiencharta ist hier eine schriftlich niedergelegte, langfristige Strategie zu verstehen, die von einer Unternehmerfamilie unter Abwägung der Interessen von Familie, Unternehmen und Gesellschaftern formuliert worden ist²². Sie sollte die grundlegenden Werte, die gemeinsamen Ziele (Strategie) und das Verständnis der Familie zu ihrem Unternehmen fixieren. Daneben sollte das Papier Verfahrensregeln enthalten, wie mit familieninternen Konflikten umzugehen ist, um so die vorhandenen Gemeinsamkeiten sowie das Selbstverständnis der Familie zu

stabilisieren und zu verstärken. Nur der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass die Inhalte der Charta durch Institutionen, wie etwa einen Familienrat, das Amt eines Familiensprechers, ein Family Office oder auch durch ritualisierte Familienaktivitäten (Familientage) abgesichert werden sollten²³.

Aus juristischer Sicht ist dieser Anforderungskatalog um eine wichtige Facette zu ergänzen. Wenn in Mehrgenerationenfamilienunternehmen die Zahl der Gesellschafter deutlich ansteigt und sich zugleich der Gesellschaftsanteil des einzelnen Familienmitglieds in jeder hinzutretenden Generation verkleinert, droht der dauerhafte Kontrollverlust. Ein fremd besetztes Management kann dann gegebenenfalls schalten und walten wie es will, weil die Familie nicht mehr in der Lage ist, ihre Kräfte zu bündeln. Die vorhandenen Rechte bleiben aus Unkenntnis, Desinteresse oder wegen Selbstblockade ungenutzt. Begreift man, wie dies hier gefordert wird, die Familiencharta als einen Bestandteil der Governance im Familienunternehmen, so muss diesem Aspekt besondere Beachtung geschenkt werden²⁴. Die bislang überwiegend soziologisch-psychologisch geführte Debatte ist daher um eine rechtliche Dimension zu erweitern.

IV. Familiencharta und Gesellschaftsvertrag

1. Die rechtliche Bedeutung einer Familiencharta

Wendet man sich der Familiencharta aus juristischer Sicht zu, so ist zunächst der Versuchung zu widerstehen, neben den vorhandenen gesellschaftsrechtlichen Regelwerken noch ein weiteres Dokument zu errichten, das – wie es der Name Familienverfassung nahelegt – sogar auf einer höheren rechtlichen Ebene angesiedelt wäre. Daher wird zu Recht gefordert, die beiden Regelungsebenen Familie mit der Familiencharta und Unternehmen mit dem Gesellschaftsvertrag streng zu trennen, was schon mit Blick auf den unterschiedlichen Adressatenkreis überzeugt. Wer Familienangehöriger und damit Adressat der Charta ist, wird von der Familie selbst festgelegt. Wer hingegen Gesellschafter ist, ergibt sich aus Gesetz und Gesellschaftsvertrag. Aus juristischer Sicht ist daher der Begriff der Familienverfassung zumindest ungeschickt, wenn nicht gar

missverständlich. Er kann falsche Erwartungen wecken, da sich dahinter lediglich Absichtserklärungen verbergen. Gleichwohl werden die Begriffe Familienverfassung und Familiencharta häufig gleichbedeutend verwandt²⁵.

Inhaltlich fällt auf, dass die Familiencharta bewusst in einer untechnischen Alltagssprache abgefasst wird, die für alle verständlich ist, ohne dass man über betriebswirtschaftliche oder juristische Kenntnisse verfügen muss. Betont wird dabei regelmäßig, dass es sich bei dem von der Familie zu erarbeitenden Dokument um ein Werk handle, dem keine rechtliche Bindungswirkung zukomme, einerlei, welchen Namen es trage. Vielmehr solle es die Leitlinien für diejenigen Regelungen setzen, die ihrerseits die Familienmitglieder rechtlich binden²⁶. Ob dies tatsächlich immer der Fall ist, muss noch genauer untersucht werden.

2. Inhaltliche Grenzen der Familiencharta

Aus juristischer Sicht ist an der Familiencharta vor allem ihr Zusammenspiel mit den vorhandenen gesellschaftsvertraglichen, erbrechtlichen und familienrechtlichen Regelwerken bedeutsam. Dies gilt insbesondere dann, wenn sich in der Charta recht detaillierte Vorgaben finden und die Familie darin nicht nur das Verhältnis ihrer Mitglieder untereinander geregelt hat, sondern sich auch für das Unternehmen konkrete Festlegungen finden.

a) Vorgaben für die konkrete Unternehmenspolitik

Eine Familiencharta sollte sich zu detailgenauer Vorgaben hinsichtlich der konkreten Unternehmenspolitik enthalten. Daher ist es bedenklich, wenn vereinzelt eine Regelung für die Charta vorgeschlagen wird, nach der ein ausreichender Teil des nach Steuern verbleibenden Gewinns des Eigenkapitals dauerhaft im Unternehmen verbleiben müsse. Entsprechendes gilt für Vorschläge, wonach höchstens ein gewisser Prozentsatz des Jahresüberschusses nach Steuer ausgeschüttet werden dürfe, um eine angemessene Eigenkapitalquote zu wahren²⁷. Der Wunsch, das Unternehmen vor zu großen Begehrlichkeiten aus dem Gesellschafterkreis zu schützen, mag durchaus nachvollziehbar sein. Die

Art und Weise der Regelung ist jedoch zumindest ungeschickt. Fehlt es nämlich an einem entsprechenden Pendant im Gesellschaftsvertrag oder ist dort gar Abweichendes geregelt, ist der Ärger vorprogrammiert.

Legt die Familiencharta, um ein anderes Beispiel zu bemühen, fest, dass es keine Beteiligung Dritter an der Muttergesellschaft geben darf, müssen die Folgen einer solchen Vorgabe für das Unternehmen bedacht werden, sollte es sich um eine verbindliche Regelung handeln. Bedeutet dies im Einzelfall etwa auch, dass keine Gemeinschaftsunternehmen gegründet werden dürfen, die eine Beteiligungsmöglichkeit an der Muttergesellschaft schaffen, langfristig mit sich bringen oder jedenfalls gleichartige Wirkungen entfalten könnten? Und wer wäre derjenige, der dies feststellt? Wenn man sich dann noch vor Augen führt, dass die Familiencharta für einen langen Zeitraum geschrieben wird, sollte hinreichend klar sein, dass man mit allzu konkreten Vorgaben für die Unternehmenspolitik zurückhaltend umgehen sollte.

b) Juristische Grenzen der inhaltlichen Ausgestaltung

aa) Gesellschaftsrecht

Die Familiencharta dient u.a. dazu, den Kreis der Angehörigen familienindividuell festzulegen. Hier ist der Ort, an dem festgeschrieben wird, ob die Ehegatten, die gleichgeschlechtlichen Lebenspartner, die geschiedenen Partner, die adoptierten Kinder etc. zum Kreis der Familie zählen. Nicht geregelt werden kann jedoch deren Stellung als Gesellschafter des Familienunternehmens, da den Wünschen der Familie hinsichtlich der Zusammensetzung des Gesellschafterkreises deutliche Schranken durch das zwingende Gesetzesrecht gesetzt sind. So kann die Charta zwar festlegen, wer als Gesellschafter des Familienunternehmens in Betracht kommt. Rechtswirksam lässt sich so die Übertragung von Gesellschaftsanteilen an Schwiegerkinder, Ehegatten, adoptierte Kinder, gleichgeschlechtliche Lebenspartner etc. aber nicht verhindern. Denn Anteile an Kapitalgesellschaften sind kraft Gesetzes vererblich.

Indem § 15 Abs. 1 GmbHG den Geschäftsanteil eines verstorbenen GmbH-Gesellschafters für vererblich erklärt, stellt die Norm zugleich die freie Übertragbarkeit von Todes wegen klar. Die Vererbung des Anteils

richtet sich also ausschließlich nach Erbrecht; der Geschäftsanteil fällt in den Nachlass, egal was in der Charta steht. Anders als die Veräußerlichkeit kann die Vererblichkeit durch den Gesellschaftsvertrag nicht ausgeschlossen werden; § 15 Abs. 5 GmbHG gilt nicht²⁸. Es ist zudem nicht möglich, die Geschäftsanteile automatisch im Falle des Todes des Gesellschafters einzuziehen. Bei den Beteiligungen eines Aktionärs an einer AG oder einer KGaA handelt es sich um rein vermögensrechtliche Positionen, die ebenfalls ohne weiteres vererblich sind. Stirbt ein Aktionär, so geht seine Mitgliedschaft daher im Wege der Universalsukzession auf den oder die Erben über; die Anteile an einer AG oder einer KGaA fallen in den Nachlass. Entsprechendes gilt grundsätzlich für Aktienbezugsrechte. Abfindungs- und Erbschaftsteuerprobleme entstehen allein auf der Seite der Nachfolger, nicht auf derjenigen der Gesellschaft. Die Vererblichkeit kann nicht durch die Satzung ausgeschlossen werden²⁹. Allerdings kann in beiden Fällen (GmbH und AG) die Satzung das weitere Schicksal der Mitgliedschaft des oder der Erben in gewissen Grenzen bestimmen³⁰.

Bei der GbR und der OHG stehen demgegenüber die persönlichen Beziehungen der Gesellschafter zueinander im Vordergrund. Dies kommt für die GbR vor allem darin zum Ausdruck, dass nach § 727 Abs. 1 BGB die GbR im Falle des Todes auch nur eines Gesellschafters aufgelöst wird, „sofern nicht aus dem Gesellschaftsvertrag sich ein anderes ergibt“. Wegen der engen persönlichen Beziehung zur Gesellschaft betrachtet das Gesetz den Gesellschafter als grundsätzlich nicht austauschbar. Da sich die Vererbung von Anteilen an einer Liquidationsgesellschaft rein nach erbrechtlichen Regeln vollzieht³¹, gehen die aus dem Anteil des verstorbenen Gesellschafters folgenden, durch die Auflösung der GbR modifizierten Rechte mit dem Erbfall auf den oder die Erben über. Angesichts dieser regulatorischen Ausgangslage enthalten viele Gesellschaftsverträge regelmäßig Klauseln, die das Nachfolgen von Gesellschaftern in die GbR regeln; häufig ergibt sich demnach „ein anderes“ im Sinne der genannten gesetzlichen Bestimmung. Solche Kautelen müssen aber im Gesellschaftsvertrag vorhanden sein³²; diesbezügliche Vorgaben in der Familiencharta reichen nicht aus.

Anders als die GbR werden OHG und KG beim Tod eines persönlich haftenden Gesellschafters nach § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 1, § 161 Abs. 2 HGB

nicht aufgelöst, sondern allein von den verbleibenden Gesellschaftern fortgesetzt, wenn im Gesellschaftsvertrag nichts anderes vereinbart ist³³. Der Tod des Gesellschafters bewirkt lediglich sein Ausscheiden nach § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 1, § 161 Abs. 2 HGB aus der im Übrigen fortbestehenden Handelsgesellschaft. Der Anteil des Verstorbenen am Gesellschaftsvermögen wächst mit dem Erbfall den übrigen Gesellschaftern an (§ 105 Abs. 3 HGB; § 738 Abs. 1 S. 1 BGB). Auch hier kann etwas anderes vereinbart werden. Der richtige Regelungsort ist aber erneut allein der Gesellschaftsvertrag.

Mangels abweichender satzungsmäßiger Bestimmung wird nach § 177 HGB beim Tod eines ihrer Kommanditisten die KG nicht aufgelöst, sondern mit seinen Erben fortgesetzt. Ohne besondere Regelung im Gesellschaftsvertrag ist daher der Kommanditanteil stets vererblich, die Mitgliedschaft in der KG geht mit dem übrigen Vermögen nach § 1922 BGB auf den bzw. die Erben über.

Dieser knappe Überblick verdeutlicht, dass Regelungen in der Familiencharta zur Zusammensetzung des Gesellschafterkreises am zwingenden Gesetzesrecht scheitern. Die Verfasser der Charta sollten sich darüber im Klaren sein, dass ihre diesbezügliche Regelung allenfalls Appellcharakter besitzt. Der richtige Ort für die Gestaltung des Gesellschafterkreises bleibt der Gesellschaftsvertrag.

bb) Familien- und Erbrecht

Grenzen sind der Familiencharta auch durch das Erbrecht gezogen. Werden die Familienmitglieder dort beispielsweise dazu angehalten, in bestimmter Weise testamentarisch über ihren Gesellschaftsanteil zu verfügen, steht der rechtlichen Wirksamkeit einer solchen Vorgabe § 2302 BGB entgegen. Danach sind Einschränkungen der Testierfreiheit auf vertraglicher Grundlage nichtig; auf den Schutz kann nicht verzichtet werden³⁴. Zudem kann der Erblasser nach dem Grundsatz der freien Widerruflichkeit letztwilliger Verfügungen sein Testament jederzeit ändern oder widerrufen (§ 2253 BGB). Diese Möglichkeit entspringt seiner Testierfreiheit. Das Widerrufsrecht ist unverzichtbar (§ 2302 BGB), weshalb niemand zum Widerruf verpflichtet werden kann; jede entgegenstehende Vereinbarung ist unwirksam. Auch in der

Gesellschaftssatzung kann keine Regelung getroffen werden, worin die Gesellschafter verpflichtet werden, über ihren Geschäftsanteil nur in einer ganz bestimmten Weise von Todes wegen zu verfügen. Dies stellte ebenfalls einen Verstoß gegen § 2302 BGB dar³⁵. Weitere Einflussnahmen auf die Testierfreiheit verhindert zudem § 311 b Abs. 4 BGB. Danach sind schuldrechtliche Verträge über den Nachlass eines Dritten, einen Anteil oder Bruchteil davon nichtig.

Gelegentlich findet man in einer Familiencharta die Vorgabe, familienangehörige Gesellschafter sollten einen Ehevertrag abschließen und darin bestimmte güterstandsrechtliche Kautelen zum Schutz der Familiengesellschaft vorsehen. Auf diese Weise soll versucht werden, Betriebsvermögen aus der Bewertung von Zugewinn herauszuhalten, um das Unternehmen vor ernsthaften Liquiditätskrisen zu schützen, die dadurch entstehen, dass zur Zahlung des Zugewinns auf Betriebsvermögen zurückgegriffen werden muss. Zudem belasten die Kosten eines solchen Wertgutachtens die Akteure erheblich. So zutreffend es ist, in diesem Punkt nicht allein auf die Vernunft der Akteure zu setzen, so deutlich muss allerdings betont werden, dass eine Verpflichtung zum Abschluss entsprechender Eheverträge in der Familiencharta rechtlich nicht durchsetzbar ist. Erfolg versprechender sind da schon Güterstandsklauseln im Gesellschaftsvertrag³⁶.

3. Rechtscharakter einer Familiencharta

Die knappen Ausführungen zu den rechtlichen Schranken, denen sich die inhaltliche Ausgestaltung der Familiencharta ausgesetzt sehen, verdeutlichen die Begrenztheit ihrer Durchsetzbarkeit. Dies ist solange relativ unproblematisch, wie sich die Akteure dessen bewusst sind und die damit verbundenen Einschränkungen bei der Abfassung der Familiencharta beachten. Nicht selten wird denn auch der Hinweis gegeben, die Festlegungen in der Familiencharta stellten ein juristisches nullum dar³⁷. Doch auch hinter diese Aussage muss wohl ein Fragezeichen gesetzt werden. Die genauen rechtlichen Folgen einer Familiencharta, namentlich im Zusammenspiel mit dem Gesellschaftsvertrag, sind derzeit noch nicht hinreichend untersucht.

Kann beispielsweise nicht verhindert werden, dass sich einzelne

Familienmitglieder später trotz vorhandener Charta der Familie bzw. dem Unternehmen entfremden und wollen sie dann aus dem Unternehmen ausscheiden, wird es vor Gericht zum Streit über die gesellschaftsvertragliche Abfindungsklausel kommen. U.U. wird diese mit dem Hinweis angegriffen, es bestehe ein grobes Missverhältnis zwischen der in Aussicht gestellten Abfindung und dem tatsächlichen Beteiligungswert. Der BGH lässt in einem solchen Falle bekanntlich an die Stelle der gesellschaftsvertraglich vorgesehenen Abfindung im Wege einer ergänzenden Auslegung einen Anspruch auf eine angemessene Abfindung treten³⁸. Kann einem solchen Vorgehen der Einwand rechtsmissbräuchlichen Verhaltens entgegengehalten werden, da der ausscheidende Gesellschafter sich in der Familiencharta mit einem geminderten Abfindungsanspruch einverstanden erklärt hat³⁹? Reicht dazu schon eine Festlegung in der Charta aus, wonach im Kollisionsfalle dem Unternehmensinteresse Vorrang vor den Individualinteressen eingeräumt wird? Diese Thematik ist bislang nicht abschließend geklärt worden.

Derzeit unbeantwortet ist auch die Frage, ob und inwieweit der Inhalt der Familiencharta zur Konkretisierung der Treuepflicht der familienangehörigen Gesellschafter herangezogen werden kann. Ungeklärt sind auch die rechtlichen Auswirkungen einer möglichen Bezugnahme in der Präambel des Gesellschaftsvertrages auf die Familiencharta.

4. Folgerungen

Dieser knappe Überblick soll verdeutlichen, dass eine Familiencharta nicht im rechtsfreien Raum ent- und besteht. Vielmehr existieren vielfältige Beziehungen zu den einschlägigen Kodifikationen, wie namentlich zum Gesellschaftsvertrag. Deshalb muss sehr genau überlegt werden, was mit welchem Grad an Verbindlichkeit wo geregelt werden soll. Jedenfalls sollte die Familiencharta nicht mit Inhalten aufgeladen werden, die ausschließlich in den Gesellschaftsvertrag (oder in das Testament bzw. den Erbvertrag) gehören. Da sie zudem maßgeschneiderte Gesellschaftsverträge auch nicht ansatzweise ersetzen kann, müssen die Wechselwirkungen zwischen Familiencharta und Gesellschaftsvertrag stets sorgfältig beachtet werden.

Angesichts dieses juristischen Befundes sollte man die Erwartungen an

eine Familiencharta dämpfen. Eine Familiencharta ist nicht wie ein Vertrag durchsetzbar, die dort niedergelegten Regeln sind weder einklag- noch vollstreckbar. In den allermeisten Fällen ist das auch gar nicht gewollt. Gleichwohl meinen manche, mit dem Abschluss einer Familiencharta seien sämtliche Probleme für Jahre, wenn nicht Jahrzehnte gelöst. Dies ist ebenso eine Illusion wie der Glaube, die Familie schaffe automatisch eine kollektive Kultur, ein einendes Band. Aus juristischer Sicht ist ergänzend darauf hinzuweisen, dass die rechtliche Belastbarkeit der Regeln der Familiencharta begrenzt ist.

Die deutlich formaleren Aspekte der Corporate Governance unterscheiden sich von den mehrheitlich qualitativen, eher familienbezogenen und unternehmenskulturellen Themen der Family Governance. Gleichwohl gehören Corporate Governance und Family Governance in vielen Punkten inhaltlich zusammen. Allerdings müssen rechtsverbindliche Regelungen, wie etwa Nachfolgeregelungen, Minderheitenrechte und Ausschüttungsmodalitäten, klar und eindeutig niedergelegt werden. Mithin sollten beide Bereiche – Familie und Unternehmen – eine gewisse formelle Verselbstständigung voneinander aufweisen⁴⁰.

V. Zusammenfassung und Ausblick

Die Eigentümerfamilie des Familienunternehmens stellt den Schlüssel zum Verständnis dieser besonderen Unternehmensform dar. Deshalb muss eine umfassende Governance-Analyse die Unternehmerfamilie ebenfalls in das Blickfeld nehmen und darf nicht auf der Unternehmensseite verharren. Familie, Unternehmen und Eigentümerschaft funktionieren nach ihren jeweils eigenen Regeln und Logiken. In der Familie ergibt sich aus der Zugehörigkeit ein grundsätzlich gleicher emotionaler Anspruch auf Teilhabe. Zur Familie gehört man durch Geburt oder Heirat und grundsätzlich auf Lebenszeit. Eine Entlohnung auf materieller Ebene für Einsatz und Engagement erfolgt zumeist nicht. Die Eigentümerstellung ist demgegenüber durch klare Regeln und Strukturen gekennzeichnet. Juristisch geht es um die Rechte und Pflichten als Gesellschafter, wie namentlich um Gewinne und Ausschüttungen, um Macht und Einfluss, um Mehrheits- und Minderheitsprobleme. Das Unternehmen wiederum ist durch klare Funktionen, wie Entwicklung, Herstellung oder Vertrieb,

durch die prinzipielle Austauschbarkeit der Funktionsträger, durch Löhne und eine formalisierte Kommunikation gekennzeichnet.

Die Family Governance erweitert die Corporate Governance um eine wichtige Facette, indem sie die Familie, die das Unternehmen letztlich trägt und prägt, gezielt in den Fokus nimmt. Anders als bei der Corporate Governance steht bei der Family Governance nicht die Geschäftsführung, sondern die Familie im Zentrum der Betrachtung. Es geht dabei nicht allein um die Nachfolgeplanung oder die Bereinigung von Familienkonflikten, sondern um ein tragfähiges Fundament der Zusammenarbeit in der Familie und der Familie mit ihrem Unternehmen. Gerade größere Familien müssen sich organisieren, um dauerhaft ihre Funktion im Unternehmen ausüben zu können. Zweck jeder Familiencharta ist es dabei, Leitlinien sowohl für die Angehörigen der Familie als auch für das Familienunternehmen und die dort Beschäftigten aufzustellen, um so den Unternehmenserfolg langfristig sicherzustellen und zugleich den Einfluss der Familie im Unternehmen angemessen zu wahren.

Aus juristischer Sicht ist davor zu warnen, die Family Governance ausschließlich anderen Fachdisziplinen zu überlassen und wegen angeblich fehlender Rechtsverbindlichkeit zu ignorieren. Vor allem die vielfältigen Verbindungen zum Gesellschaftsvertrag bzw. zum Ehevertrag und den letztwilligen Verfügungen müssen weiter ausgelotet und rechtlich bewertet werden. Juristen sind in der Lage, regelgeleitete Verfahren zu erarbeiten, die durch formale Gerechtigkeit Akzeptanz schaffen können. Aber auch ein anderer Gesichtspunkt verdient Beachtung. Gerade in großen Familienunternehmen müssen die Gesellschafter in der Lage sein, ihre Verantwortung wahrzunehmen, ihre Rechte geltend zu machen und ihre Pflichten seriös zu erfüllen. Dies wird mit zunehmender Distanz zum Unternehmen, einer Atomisierung der Gesellschaftsanteile und einer Abnahme der Binnenkommunikation zwischen den Gesellschaftern in Familienunternehmen ab der dritten Evolutionsstufe typischerweise zunehmend schwieriger. Eine „Organisation der Unternehmerfamilie“ kann daher dazu beitragen, sowohl die Kontrolle über die (familienfremde) Unternehmensleitung durch die Unternehmerfamilie sicherzustellen, als auch die Rolle als Gesellschafter aktiv wahrzunehmen.

-
- ¹ Prof. Dr. Knut Werner Lange ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, deutsches und europäisches Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Bayreuth und Direktor der dortigen Forschungsstelle für Familienunternehmen (FoFamU).
 - ² Iliou, Die Nutzung von Corporate Governance in mittelständischen Familienunternehmen, 2004, S. 93 ff.; Lange, BB 2005, 2585 ff.; ders., FS Hennerkes, 2009, S. 135 ff.
 - ³ Vgl. nur Langenfeld, in: Langenfeld/Gail (Hrsg.), Handbuch der Familienunternehmen, Loseblatt Stand: 2011, Teil I Rn. 1 u. 8.
 - ⁴ Baus, Die Familienstrategie, 3. Aufl., 2010, S. 69-78; Koeberle-Schmid/Witt/Fahrion, in: Koeberle-Schmid/Fahrion/Witt (Hrsg.), Family Business Governance, 2012, S. 26 ff.; Lange, FS Hennerkes, 2009, S. 135, 138-140; Peemöller, ZCG 2006, 81, 84; Schulz/Werz, ErbStB 2007, 310, 311.
 - ⁵ Zum Begriff siehe unten IV. 3.
 - ⁶ Vgl. die Typenbildung bei Kirchdörfer/Kögel, in: Jeschke/Kirchdörfer/Lorz (Hrsg.), Planung, Finanzierung und Kontrolle im Familienunternehmen, 2000, S. 221, 231-234; Weissenberger-Eibl/Spieth, ZCG 2006, 127, 128.
 - ⁷ Vgl. aber Hücke/Just, ZCG 2007, 5, 6 ff., die meinen, es ginge vor allem um Größenkriterien und um Fremdgeschäftsführung.
 - ⁸ Zu den unterschiedlichen Vererbungskonzeptionen in Familienunternehmen siehe Kormann, in: Scherer/Blanc/Kormann/Groth/Wimmer, Familienunternehmen, 2. Aufl., 2012, Kap. 1 Rn. 73 ff.
 - ⁹ Weiterführend zur Typologie von Familienunternehmen Hack/Meyer, in: KoeberleSchmid/Fahrion/Witt (Fn. 4), S. 59, 64 ff.; Winkler, in: Sudhoff (Begr.), Familienunternehmen, 2. Aufl., 2005, § 5 Rn. 2 ff.
 - ¹⁰ Weiterführend zu den Besonderheiten von Mehrgenerationenfamilienunternehmen siehe Groth/Wimmer, in: Scherer/Blanc/Kormann/Groth/Wimmer (Fn. 8), Kap. 2 Rn. 1 ff.; Simon, Einführung in die Theorie des Familienunternehmens, 2012, S. 70 ff.
 - ¹¹ Die Thematik einer möglichen Bindungswirkung für Dritte kann hier ebenso wenig untersucht werden wie der Gesichtspunkt möglicher Verhaltensregeln für Familienangehörige gegenüber Externen.
 - ¹² Langenfeld, in: Langenfeld/Gail (Fn. 3), Teil I Rn. 1.
 - ¹³ Instrukтив Baus (Fn. 4), S. 116 ff.
 - ¹⁴ Groth/Wimmer, in: Scherer/Blanc/Kormann/Groth/Wimmer (Fn. 8), Kap. 2 Rn. 16-19; Kirchdörfer/Lorz, FuS 2011, 97, 98 f.; zu den Konfliktodynamiken in Familienunternehmen siehe v. Schlippe, FuS 2012, 43 ff.

- ¹⁵ Winkler, in: Sudhoff (Fn. 9), § 5 Rn. 5.
- ¹⁶ Lange, FS Hennerkes, 2009, S. 135, 141 ff.
- ¹⁷ Ebenso *Keoberle-Schmid/Witt/Fahrion*, in: *Koeberle-Schmid/Fahrion/Witt* (Fn. 4), S. 26, 28 f. Zurückhaltend hingegen *Wicke*, ZGR 2012, 450, 485, der den Bereich der Family Governance eher dem „privaten Umgang innerhalb der Familie“ zugeordnet wissen will.
- ¹⁸ Lange, FS Hennerkes, 2009, S. 135, 140; Winkler, in: Sudhoff (Fn. 9), § 5 Rn. 7.
- ¹⁹ *Kirchdörfer/Lorz*, FuS 2011, 97, 98 f.
- ²⁰ Ebenso *Kormann*, FuS 2012, 14 f.; vgl. auch *Baus*, in: Lange/Leible (Hrsg.), Governance in Familienunternehmen, 2011, S. 123, 129.
- ²¹ So schon Lange, FS Hennerkes, 2009, S. 135, 148.
- ²² Vgl. die Musterformulierungen bei *Schulz/Werz*, ErbStB 2007, 353 ff. und das Beispiel einer Charta bei *Baus* (Fn. 4), S. 151 ff.
- ²³ Siehe dazu *Baus* (Fn. 4), S. 155 ff.; *Koeberle-Schmid/Witt/Fahrion*, in: *Koeberle-Schmid/Fahrion/Witt* (Fn. 4), S. 26, 37.
- ²⁴ Für eine engere inhaltliche Abstimmung bereits Lange, in: Lange/Leible (Hrsg.), Governance in Familienunternehmen, 2011, S. 15, 23.
- ²⁵ Anders hingegen *Kormann*, FuS 2012, 14, der den Begriff der Familienverfassung nur für die „grundlegenden und für die Verhaltenssteuerung belastbaren Verträge[n] bzw. Satzungen“ angewandt wissen will.
- ²⁶ Vgl. dazu *Baus* (Fn. 4), S. 140 f.
- ²⁷ So *Schulz/Werz*, ErbStB 2007, 353, 356.
- ²⁸ v. *Hoyenberg*, RNotZ 2007, 377, 386; *Ivo*, ZEV 2006, 252; Lange, GmbHR 2012, 986; *Leipold*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl., 2010, § 1922 Rn. 57; *Lessmann*, GmbHR 1986, 409, 410.
- ²⁹ Lange, Erbrecht, 2011, Kap. 22 Rn. 178; MünchKomm/BGB/*Leipold* (Fn. 28), § 1922 Rn. 55.
- ³⁰ Weiterführend *Binz/Mayer*, NZG 2012, 201; *Clevinghaus*, RNotZ 2011, 449; *Loritz*, NZG 2007, 361; *K. Schmidt*, GmbHR 2011, 1289.
- ³¹ Lange (Fn. 29), Kap. 22 Rn. 34; *Michalski*, Erbrecht, 4. Aufl., 2010, Rn. 1152; *Tanck*, in: Damrau (Hrsg.), Erbrecht, 2. Aufl., 2011, § 1922 Rn. 60.
- ³² *Kilian* in Henssler/Strohn (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., 2013, § 727 BGB Rn. 10; *Bamberger/Roth/Schöne* (Fn. 4), § 727 Rn. 11.
- ³³ Krit. dazu *K. Schmidt*, JZ 2003, 585, 593 f.
- ³⁴ BGH NJW 1959, 625; Damrau/*Krüger* (Fn. 31), § 2302 Rn. 2; *Bamberger/Roth/Litzenburger* (Fn. 32), § 2302 Rn. 1; zum Normzweck vgl.

MünchKomm/BGB/*Musielak* (Fn. 28), § 2302 Rn. 1.

³⁵ *Lange* (Fn. 29), Kap. 22 Rn. 145.

³⁶ Weiterführend *Brambring*, DNotZ 2008, 724; *Münch*, Die Unternehmerehe, 2007, Rn. 846 ff. Zur Frage der Formbedürftigkeit siehe *Scherer*, BB 2010, 323, 326 f.

³⁷ Vgl. *Baus* (Fn. 4), S. 140 f. Für eine entsprechende Klarstellung in der Charta *Wicke*, ZGR 2012, 450, 485.

³⁸ BGHZ 123, 281, 284; 126, 226, 233 f.; *Kirchdörfer/Lorz*, FuS 2012, 176, 177 f.; *K. Schmidt*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl., 2011, § 131 Rn. 158, 174 ff.

³⁹ So schon *Kirchdörfer/Lorz*, FuS 2011, 97, 105.

⁴⁰ Ebenso *Peemöller*, ZCG 2006, 81, 84; weiterführend *Baus* (Fn. 4), S. 140 ff.

Die Gestaltung vorweggenommener Erbfolge in Gesellschaftsbeteiligungen

HARM PETER WESTERMANN¹

I. Untersuchungsbereich

Eine vorweggenommene Erbfolge in Gesellschaftsbeteiligungen, d.h. hier Mitgliedschaften in Personengesellschaften und Geschäftsanteile an GmbH, und seien es nur Komplementär-GmbH, verlangt stets mehrere Vertragsregelungen. Bei entsprechend vorausschauender Vorsorge kann auch eine Regelung im Gesellschaftsvertrag neben einer letztwilligen Verfügung genügen. Jedenfalls aber müssen mehrere ineinander greifende Rechtsgeschäfte betrachtet bzw. geschaffen werden, die Individualvereinbarungen sind² und folglich unter mehreren Personen verhandelt werden müssen. Um sich ein Bild von den notwendigen Lösungsschritten machen zu können, muss eingangs zu den Gestaltungszielen sowie – nach den Interessen der verschiedenen Personen und Personengruppen differenzierend – zu der wirtschaftlichen und menschlichen Situation der Beteiligten Stellung genommen werden. Das sollte nicht als der Versuch einer Theorie oder Methodik der Vertragsgestaltung verstanden werden, weil insoweit für das Erbrecht nicht nur im Hinblick auf das Unternehmertestament, sondern auch für die lebzeitige Vermögensübertragung die Beratung über die Gestaltungsziele und –methoden stark von einfacher Empirie bezüglich menschlicher Verhaltensweise geprägt ist³.

1. Vorüberlegungen

Interesse an vorweggenommener Übertragung von Beteiligungen besteht hauptsächlich in kleinen und mittleren Unternehmen in der Realgestalt eines Familienunternehmens, in dem nicht unbedingt alle Gesellschafter untereinander verwandt sind, aber damit zu rechnen ist, dass die Gründer

irgendwann familienangehörige Nachfolger an die Aufgaben der Unternehmensführung heranzuführen und sie später an ihre Stelle treten lassen wollen, wodurch dann Gesellschafterstämme entstehen können. Dies soll dann aber nicht erst beim Todesfall im Erbgang geschehen, sondern zu einer Zeit, in der über die Person des Nachfolgers, den Gegenstand, den er erwerben soll, die Stellung, die er in der Gesellschaft erhalten soll, und vor allem über die Belange etwaiger anderer Erbprätendenten noch verhandelt und entschieden werden kann, wobei klar ist, dass der Unternehmer sich in Bezug auf seine Nachfolge bereits mehr oder weniger festlegen kann⁴. Eine erste zentrale Vorentscheidung, die im Übrigen auch die steuerrechtliche Behandlung des Übergangs von Mitunternehmeranteilen beeinflussen kann⁵, betrifft die natürlich auch menschlichunternehmerisch zentrale Frage, ob der künftige Erblasser vorerst noch an der Gesellschaft beteiligt bleiben will und in welchen Funktionen. Wenn dies beabsichtigt ist, weil so der Nachfolger „aufgebaut“ werden soll, um dem vorzubeugen, was manchmal etwas despektierlich als „Prinz Charles-Syndrom“ bezeichnet wird, und wenn hierdurch der Nachfolger an das Unternehmen gebunden werden soll⁶, so haben wir es mit einem Zweiphasensystem zu tun, nämlich der ersten (Teil-)Übertragung unter Lebenden und dem späteren Abschluß durch Erbfall oder Übertragung der Restbeteiligung. Erb- und Pflichtteilsansprüche anderer Erbprätendenten kommen zwar erst im Erbfall in Betracht, müssen aber vorher bedacht und notfalls berechnet werden, so wie die Konsequenzen einer Übertragung unter Lebenden für die wichtige Fortführung der Buchwerte durch den Übernehmer (6 EStG) und die ebenso wichtige Schenkungssteuer⁷, über die man sich natürlich im Vorhinein klar werden muss, wenn auch der Steuergesetzgeber schnell alle Planungen durchkreuzen kann.

Um die Gestaltungsaufgabe kurz, wenn auch ein wenig verallgemeinert, zu formulieren, heißt dies, dass ein gesellschaftsrechtlicher Vorgang, nämlich die Übertragung von Anteilen unter Lebenden, in das Rechtsverhältnis zu den Mitgesellschaftern eingefügt werden muss und dazu die erbrechtliche Lage nach dem Erbfall zu bedenken ist, je nachdem, ob der Übernehmer alleiniger Erbprätendent oder einer unter mehreren ist – das letztere kann es dann notwendig machen, Vereinbarungen mit den anderen, nicht für die

Gesellschaftsnachfolge vorgesehenen Erbprätendenten zu treffen. Über allem schwebt der Steuerfiskus.

2. Der Kreis der beteiligten Personen

Die vorweggenommene Erbfolge kann in Bezug auf sehr unterschiedliche Realstrukturen der Familien überlegt werden. Wir haben noch gelernt - so tut es auch das BGB⁸ -, dass die Interessen der Abkömmlinge des künftigen Erblassers und seines – demnächst möglicherweise – überlebenden Ehegatten zuvörderst zu bedenken sind; das ist natürlich nach wie vor wichtig, aber das hergebrachte Denkmodell von der überlebenden Ehefrau passt nicht mehr allein. Kommt es anders herum, aber auch nicht erst beim Generationenwechsel, ist die Rechtsnachfolge in Patchwork-Familien zu bedenken, die durchaus auch die Denkweise des künftigen Erblassers bezüglich seiner Nachfolge in der Gesellschafterstellung bestimmen kann. Es kann auch sein, dass der seinen Erbfall vorwegnehmende Gesellschafter unter dem Einfluss eines zweiten Ehepartners seinen Kindern aus einer früheren Ehe die Rechtsnachfolge in die Gesellschaft verbauen und ihnen, wie der kürzlich von mir besprochene Unseld-Fall⁹ zeigt, auch den Pflichtteil möglichst beschneiden will, was im genannten Fall zur Einräumung von Unterbeteiligungen an die künftigen Erben durch Vertrag unter Lebenden führte. Das berührt das Problem des Umgangs mit unbotmäßig lebenden, undankbaren oder sonst für ungeeignet gehaltenen Abkömmlingen¹⁰, die aber im Erbenkreis stehen und gerade auch in Patchwork-Familien ein Auge darauf haben werden, wie die anderen Beteiligten behandelt werden sollen. Schließlich gibt es Familien, in denen beide Ehegatten Gesellschaftsbeteiligungen halten, die praktisch nicht auf einen einzelnen Nachfolger übertragen werden können – ich habe es einmal mit einer Ausgleichung von Beteiligung an Binnenschiffen und an Textilproduktion zu tun gehabt. Hier vergrößert sich naturgemäß die Zahl der zu behandelnden, eventuell zu schaffenden Vertragsverhältnisse, so dass es für eine Regelung des Einverständnisses vieler Beteiligter bedarf, d.h. aber auch des Ausgleichs ihrer Interessen.

Insgesamt entspricht das Geben mit der warmen (statt mit der schon

erstarrten) Hand einer verbreiteten Vorstellung in Unternehmerkreisen, das auch durch die erhoffte Entlastung des alternden Unternehmensführers¹¹ und die Möglichkeit einer längerfristigen Planung des Vorgehens gefördert wird, ferner durch die Aussicht, durch die Aufteilung der Einkünfte aus der Beteiligung die Progression bei der Einkommensteuer abzuschwächen¹², was aber auf der anderen Seite zu einem Verlust an Einfluss in Unternehmen und womöglich zu Versorgungslücken führen kann. Wer es sich leisten kann, besonders mit Blick auf die Steuerprogression, wird vielleicht schon zu seinen Lebzeiten Abkömmlinge oder Angehörige des Erbenkreises als typische stille Beteiligte oder als Kommanditisten aufnehmen¹³. Das verschiebt die Gestaltungsprobleme auf die Gesellschaftsverträge, weil durch die Heranführung eines Erbprätendenten an die Unternehmensführung und die dazu nötige Gesellschaftsbeteiligung sich leicht eine Ungleichbehandlung unter mehreren Miterben einstellen kann. Ich gehe daher auf die stille und die kommanditistische Beteiligung nicht ein, aus Zeitgründen auch nicht auf die Sonderprobleme, die sich bei Minderjährigkeit von Anteilserwerbern ergeben¹⁴.

II. Zur Durchführung der Anteilsübertragung

1. Die erforderlichen Zustimmungen

Die Übertragung eines Anteils muss bei der Personengesellschaft vertraglich zugelassen sein, sonst müssen ihr alle übrigen Gesellschafter zustimmen¹⁵. Gebräuchlich ist auch eine Klausel im Gesellschaftsvertrag, die die Übertragung von Anteilen an die Zustimmung der Gesellschafterversammlung mit einer dabei festzulegenden Mehrheit knüpft, wobei es sich empfiehlt, ausdrücklich dem Übertragungswilligen das Stimmrecht einzuräumen¹⁶. Wenn die Vertragsklausel, was natürlich unter den Vertragsschließenden sorgfältig diskutiert sein muss, die Übertragung an Ehegatten und Abkömmlinge zustimmungsfrei macht¹⁷, so wird sie gewöhnlich mit einer Fortsetzungsklausel und Nachfolgeklausel für den Tod eines Komplementärs inhaltlich koordiniert werden, deren Einzelheiten, insbesondere wenn es sich um eine sogenannte qualifizierte Nachfolgeklausel handelt, genau auf den als Nachfolger Vorgesehenen

passen sollten.

Eine Schwierigkeit kann sich ergeben, wenn die Gesellschafter der Übertragung auf Ehegatten oder einen Abkömmling im Einzelfall nicht zustimmen wollen. Wird dies damit begründet, dass der mögliche Erwerber aufgrund fachlicher oder charakterlicher Schwächen unzumutbar sei, und trifft dies zu, so ist die ohne Zustimmung vereinbarte Übertragung nach wohl h.M. unwirksam¹⁸, der Streit muss aber zu diesem Zeitpunkt ausgetragen werden - dazu sogleich. Planende Überlegungen, wie man einen derartigen Streit vermeiden kann, der ja auch bei Schaffung einer qualifizierten Nachfolgeklausel oder bei einem durch sie begründeten Eintreten des Erben/Gesellschafter in die Gesellschaft auftreten kann, werden gewöhnlich in der Gesellschafterversammlung erörtert und entschieden werden müssen. Der Vorzug, den eine derartige Zuordnung der Zustimmungsentscheidung aufweist, liegt darin, dass sich dann das heikle Problem der Bindung der zustimmenden Gesellschafter und der Widerruflichkeit ihrer Zustimmung nicht mehr leicht stellen kann. Denn an sich wird bis zur Vornahme der Übertragung die Zustimmung eines Gesellschafter als widerruflich angesehen¹⁹, aber nach einer die Übertragung an eine bestimmte Person billigenden Entscheidung der Gesellschafterversammlung können die Partner, die hier zugestimmt haben, als gebunden angesehen werden, wenn ein plötzlicher Sinneswandel nicht mit eindeutig relevanten und bei der Abstimmung unbekannten Umständen begründet werden kann²⁰. Das gilt auch, wenn die Zustimmung der Mitgesellschafter sukzessiv eingeholt wird.

2. Zum Bestehen einer Zustimmungspflicht

Wenn die Übertragung ohne Zustimmung vorgenommen wird, ist sie schwebend unwirksam²¹, die spätere Verweigerung der Genehmigung macht sie nichtig²². Spätestens jetzt muss also ein Streit um eine u.U. bestehende, im Schrifttum auch lebhaft diskutierte Zustimmungspflicht aufgenommen werden, wenn der übertragungswillige Gesellschafter nicht resigniert. Es ist bekannt, dass die Zustimmung, obwohl sie ein sogenanntes eigennütziges Mitwirkungsrecht ist, also dem Gesellschafter einen breiten Ermessensspielraum lässt, unter Treupflichtgesichtspunkten

erzungen werden kann, wenn das Unternehmen sich in einer Lage befindet, dass es auf den zum Eintreten bereiten Gesellschafter/Nachfolger unbedingt angewiesen ist²³. Da ich den hier einschlägigen sogenannten Porta-Fall des BGH²⁴, selber durch ein Gutachten sozusagen herausgekitzelt habe, darf ich mir erlauben, seine Einzelheiten etwas näher darzustellen, obwohl hier der Streit aufkam, weil die Vertragsgestaltung eigentlich misslungen war.

Hier hätte der Tod des eine Vertragsänderung betreibenden – das heißt: auf sie klagenden – Alt-Gesellschafters bedeutet, dass der beklagte Mitgesellschafter, der nur geringfügig jüngere Bruder des Klägers, die sehr arbeitsaufwendige Geschäftsführung allein hätte übernehmen müssen (was er auch wollte), und er erklärte seinem Bruder, er könne ruhig versterben, er, der Jüngere, werde dann die Dinge einschließlich der Nachfolgefrage allein regeln. Diese Einstellung behielt er bis zu einer mündlichen Verhandlung vor dem BGH, der einen Vergleichsversuch unternahm, bei, so dass dem Senat nach längerem Zureden der Kragen platzte und er eine Pflicht des Gesellschafters zur Vorsorge für die Zukunft des Gesellschaftsunternehmens aussprach, die den Beklagten dazu zwang, seine Zustimmung zur Übertragung der Mitgliedschaft seines Partners auf dessen Sohn zu erteilen. Hauptsächlicher Grund war, dass die Alt-Gesellschafter allein ohne die Aussicht auf Mitwirkung eines Jüngeren in der Geschäftsführung für die Zukunftsaufgaben nicht mehr genügend gerüstet waren.

Die Entscheidung steht nicht allein da, sie hat aber natürlich auch Kritik aus dem Gesichtspunkt der Verteidigung der Privatautonomie erfahren²⁵. Ihre Besonderheit liegt darin, dass sie nicht nur eine verfehlte Vertragsregelung korrigierte, wie es in einem früheren Fall geschehen war²⁶, sondern eine neue zukunftsgerichtete Regelung einführte (wobei ich nicht weiß, ob die Parteien diese später wirklich in den Vertrag einstellten). Der BGH hat die Linie aber fortgesetzt. In einem neueren Urteil²⁷ ging es wiederum um den Streit zwischen zwei paritätisch beteiligten OHG-Gesellschaftern, deren einer einer lebzeitigen Übertragung der Rechte des anderen auf seinen Sohn nicht zustimmte,

obwohl dessen Vater, der Kläger, früher wegen der altersbedingten Schwäche des Vaters des Beklagten einer vorzeitigen Anteilsübertragung auf den jetzigen Beklagten zugestimmt hatte. Der Kläger hatte ein Arzt-Testat vorgelegt, das den BGH davon überzeugte, dass der Kläger gezwungen sei, Vorsorge für die künftige Geschäftsführung zu treffen, indem der Nachfolger eine gewisse Zeit eingearbeitet werden müsse. Der Beklagte wurde daher verurteilt, seine Bedenken gegen eine solche Übertragung zurückzustellen, wobei der Senat mit deutlichen Worten die persönlichen Vorbehalte des Beklagten gegen den jungen Mann – häufiger Bußgelder wegen Geschwindigkeitsüberschreitung – kritisierte. Insgesamt muss man sehen, dass in diesem Zusammenhang die herrschende Formel für die Zustimmungspflicht zu Gesellschaftsvertragsänderungen – Gefährdung des Fortbestands der Gesellschaft und Zumutbarkeit der Änderung²⁸ - auf das berechtigte Bedürfnis zur Vorsorge für den Krankheits- und Todesfall eines geschäftsführenden Gesellschafters ausgedehnt wurde.

Da Grundlage dieser Rechtsprechung die gesellschaftliche Treupflicht ist, wird man sie auf die GmbH übertragen können, wobei sich freilich ein Sonderproblem stellen kann, wenn die Geschäftsanteile gem. §15 GmbHG vinkuliert sind und von dieser Bindung die Anteilsübertragung an einen Abkömmling oder ein sonstiges Familienmitglied nicht ausgenommen ist²⁹. Die Satzung wird die an sich von der freien Entscheidung der Gesellschafter abhängige Genehmigungsentscheidung manchmal durch die Benennung von Versagungsgründen oder von Genehmigungspflichten binden³⁰, und es gibt auch Rechtsprechung, wonach ein Anspruch auf Genehmigung, auch wegen Nichtvorliegens eines Versagungsgrundes, durch Klage auf Abgabe dieser Erklärung durchgesetzt werden kann³¹. Eine rechtswirksame Verweigerung macht eine schon durchgeführte Übertragung unwirksam; ist die Verweigerung treuwidrig, so hat der BGH allerdings die Abtretung als wirksam gelten lassen³². Ob er allerdings auch für die GmbH so weit gehen würde, eine vorsorgende Anteilsübertragung auf einen präsumtiven Nachfolger in der Geschäftsführung zum Gegenstand einer Zustimmungspflicht zu machen, ist zweifelhaft, wenn man bedenkt, dass in der GmbH ein Fremdgeschäftsführer bestellt werden kann, wofür es allerdings gewöhnlich ebenfalls eines

Gesellschafterbeschlusses bedürfen wird. Ob sich die Mitgesellschafter aber einer rein von den Gegebenheiten der Einkommen-, Schenkungs- und Erbschaftssteuer geleiteten vorweggenommenen Erbfolge in einen vinkulierten Geschäftsanteil widersetzen können, hat unser heutiger Mitveranstalter in einem Symposium dieser Hochschule im Oktober 2011 bezweifelt³³. Eine aus unternehmerischen Gründen gewollte vorsorgende Anteilsübertragung sollte etwas günstiger beurteilt werden, und zwar schon deshalb, weil ein durch Erbfall an eine Erbengemeinschaft gefallener Geschäftsanteil möglicherweise wegen einer Vinkulierungsklausel nicht geteilt werden kann. Herr Schmidt und ich waren mit den hier zitierten Entscheidungen des OLG Düsseldorf und des BGH literarisch befasst³⁴, und auch diesmal spielte bei dem auf Zustimmung in Anspruch genommenen Gesellschafter das Motiv eine Rolle, die Erbauseinandersetzung nach seinem verstorbenen Bruder zu verhindern, weil sie dem ungeliebten Neffen gem. einer Teilungsanordnung des Erblassers die Geschäftsanteile und damit den gesellschaftsrechtlichen Einfluss verschafft hätte. Die Gerichte behielten sich, ohne über die Anwendbarkeit von Vinkulierungsklauseln auf eine Erbauseinandersetzung das letzte Wort zu sprechen³⁵, mit der Feststellung, dass sich der Beklagte und der Erblasser gegenseitig – mit schuldrechtlicher, aber verbindlicher Wirkung – zugesichert hätten, die vom jeweiligen Erblasser verfügte Anteilsübertragung im Familienkreis zu respektieren.

Es zeigt sich also: wenn man das Obergericht und Karsten Schmidt für sich hat, hat man auch in der GmbH eine Chance, vernünftige vorsorgende Anteilsübertragungen durchzusetzen, zumal durch die Reform des § 5 GmbHG die Teilung eines Geschäftsanteils nicht mehr so leicht zu einem Stolperstein werden kann³⁶. Das begünstigt dann auch die auch in der GmbH möglichen gesellschaftsvertraglichen Nachfolgeregeln, also etwa durch den Todesfall bedingte Abtretungen, Abtretungspflichten der Erben zugunsten bestimmter Personen bzw. Übertragungsermächtigungen³⁷, anders als in der Personengesellschaft kann allerdings eine unmittelbare Sondererbfolge nicht angeordnet werden³⁸.

Ein Zustimmungserfordernis zur Anteilsübertragung im Zuge vorweggenommener Erbfolge kann auch familienrechtlich begründet sein. Mir ist auch dieses Problem in der Praxis schon begegnet, als ein geschäftsführender Gesellschafter, der seinen fachlich gut qualifizierten Sohn als Nachfolger im Unternehmen aufbauen und ihm dazu im Einverständnis mit seinen Geschwistern aus der ersten Ehe einen Teil-Anteil übertragen wollte, hierbei auf den mit § 1365 BGB³⁹ begründeten Widerspruch seiner zweiten Ehefrau stieß, die hierbei auch die Interessen ihrer eigenen Kinder im Auge hatte. Ein solcher Streit wird aus naheliegenden Gründen kaum gerichtlich ausgetragen werden, in meinem Fall ging der Sohn seines Weges.

3. Rechtstellung des Unternehmers in der Gesellschaft, seine Haftungsrisiken

Für den Fall, dass der als Nachfolger Ausersehene in die Gesellschaft eintreten kann und eingetreten ist, müssen weitere Fragen angegangen werden. Bei einer Teilübertragung des bisherigen Anteils des Altgesellschafters hängt es von der Vereinbarung ab, ob und in welchem Umfang der Kapitalanteil des Übertragenden auf den Eintretenden übergeht⁴⁰. Das ist wichtig, insbesondere dann, wenn der Gesellschaftsvertrag das Stimmrecht von der Höhe des Kapitalanteils abhängig macht, was in der GmbH ja die Regel ist. Es kommt aber auch vor, dass der Übertragende sich das Stimmrecht aus dem Anteil als Treuhänder einräumen lässt, was sich durchzusetzen scheint, obwohl eine unwiderrufliche Vollmacht des Eintretenden an den Übertragenden auf das Verbot der Abspaltung von Mitverwaltungsrechten stoßen würde⁴¹; unbedenklich ist jedenfalls wohl noch eine vertragliche Stimmbindung des Neu-Gesellschafters an die Vorgaben des Übertragenden, wobei zumeist dafür gesorgt wird, dass die Stimmkraft einer Familie oder eines Gesellschafterstamms nicht aufgespalten wird. Wenn der künftige Nachfolger zunächst nur als Kommanditist eintreten soll, wird seine Einlage durch unentgeltliche Zuwendung aus derjenigen des Übertragenden genommen werden können; manchmal wird eine Einlage auch durch Schenkungen bisher nicht im Unternehmen gebundener Mittel ermöglicht werden⁴², so dass jedenfalls die §§ 516 ff. BGB zu beachten sind.

Soll der Aufgenommene sogleich Komplementär werden, könnte er theoretisch seine Beitragsschuld auch durch seine Mitarbeit im Unternehmen abgelten, i.d.R. wird es aber auch hier zur teilweisen Übertragung einer Einlage und des Kapitalanteils des bisherigen Gesellschafters kommen. Wenn man so vorgeht, ist auch davon auszugehen, dass der neue Gesellschafter spätestens nach einer gewissen Einarbeitungszeit die vollen Rechte eines persönlich haftenden Gesellschafters haben wird⁴³, ob dies auch für Sonderrechte des Altgesellschafters gilt, die diesem ad personam eingeräumt waren, ist ohne besondere Hinweise im Übertragungs- oder schon im Gesellschaftsvertrag und in den Abmachungen mit den um Zustimmung zur Anteilsübertragung angegangenen Mitgesellschaftern nicht anzunehmen⁴⁴. In Ermangelung spezieller Regelungen wird auch angenommen, dass die Guthaben des Übertragenden auf Privat- oder Darlehenskonten auf den Erwerber jedenfalls anteilig übergehen⁴⁵. Aber auch insoweit werden fast immer vertragliche Regelungen getroffen werden, weil der Übertragende sich nicht von den u.U. für seine eigene Versorgung benötigten Mitteln wird trennen wollen. Man kann dann für den Eintretenden eine Geschäftsführervergütung vorsehen, über deren Höhe dann meist mit den um ihre Zustimmung gebetenen Partnern gesprochen werden muss. Dies erfasst dann auch die Entnahmerechte des Alt- und des Neu-Gesellschafters. Eine ordentliche finanzielle Ausstattung des Eintretenden ist gerade bei der vorweggenommenen Erbfolge auch deshalb angebracht, weil er nach § 130 HGB für die bis zu seinem Eintreten aufgelaufenen Verbindlichkeiten persönlich und unbeschränkt haftet⁴⁶, ohne dass es in irgendeiner Weise auf die Erzeugung eines Rechtsscheins durch den Eingetretenen ankommt.

Das kann Gestaltungsbedarf für die Regelung des Verhältnisses zu anderen, jetzt und auch in Zukunft nicht für die Gesellschafter-Nachfolge vorgesehenen Erbprätendenten begründen: da klar ist, dass Zuwendungen an den „vorweg Aufgenommenen“ zur Finanzierung von Einlagepflichten oder zur Begründung eines eigenen Kapitalanteils bei der erbrechtlichen Ausgleichung berücksichtigt werden müssen⁴⁷, worauf noch zurückzukommen ist, kann die persönliche Haftung des bevorzugten Nachfolgers für bestehende und künftige Verbindlichkeiten ein Anlass

sein, den anderen Angehörigen des Übertragenden gewisse Beschränkungen ihrer Ausgleichsansprüche zuzumuten. Dies gilt auch, wenn sich der Übertragende den Nießbrauch an dem Anteil vorbehalten hat, so dass der Aufgenommene mehr als eine Art Platzhalter fungiert, was aber nicht der typische Fall der vorweggenommenen Erbfolge ist. In der GmbH spielt das Haftungsproblem dieselbe Rolle, es kann jedoch sein, dass der in die Gesellschaft Nachgerückte ihr gegenüber für rückständige Einlagen gem. § 16 Abs. 2 GmbH haftet, während die Erstattung von Beträgen, die der Rechtsvorgänger unter Verstoß gegen die Kapitalbindung erhalten hat (§ 30 GmbHG), als persönliche Verpflichtung des Empfängers den Erwerber nicht trifft, der sich allenfalls auf die Ausfallhaftung gem. § 31 Abs. 3 GmbHG einrichten muss⁴⁸.

4. Gründe für Ausscheiden oder Verbleiben des Alt-Gesellschafters

Die vorweggenommene Erbfolge in Gesellschaftsbeteiligungen muss auch sehr klar aus dem Blickwinkel des Übertragenden, sozusagen des künftigen Erblassers, gesehen werden. Dabei ist danach zu differenzieren, ob er selber noch eine Weile, vielleicht bis zu seinem Tode, Gesellschafter bleiben will, ob er ausscheidet oder – bei der Personengesellschaft – in eine Kommanditistenstellung überwechselt.

Wenn es darum geht, den Nachfolger einzuarbeiten, ihm eventuell auch im Gesellschaftsverhältnis den Rücken zu stärken, wird er Gesellschafter bleiben und die damit verbundene Haftung in Kauf nehmen; andererseits wird er seine bisherigen Mitverwaltungs- und Stimmrechte behalten wollen. War er von der Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossen, wird darauf zu achten sein, dass sein Nachfolger die gewöhnliche gesetzliche Stellung erhält⁴⁹. Man begegnet zuweilen auch Vertrags- und Satzungsbestimmungen, die den Altgesellschafter berechtigen, seinen künftigen Nachfolger stärker als bei Komplementären sonst üblich in seiner Aktivität oder Entscheidungsfreiheit einzuschränken. Eine der schlimmsten Generationen-Streitigkeiten, die ich erlebt habe, und die zu einer Entscheidung des BGH über die Kombination von Abberufung aus wichtigem Grund und Schenkungswiderruf wegen groben Undanks führten, was auf eine Ausschließung hinauslief⁵⁰, war am Anfang dadurch

verursacht, dass der als Unternehmens-Nachfolger Vorgesehene, von einem USA-Aufenthalt zurückkehrend, in seinem Büro einen Prokuristen vorfand, ohne den er in Zukunft nicht sollte entscheiden können. In einem anderen Fall hatte der Übertragende seinem in die Gesellschaft aufgenommenen und finanziell gut ausgestatteten Adoptivsohn, mit dessen performance er unzufrieden war, auf Grund einer im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Strafklausel 1 % seines Kapitalanteils abgenommen und seither wieder die Gesellschaft allein beherrscht; da andere Kinder nicht vorhanden waren, gestaltete sich die schließliche Regelung des Erbfalls als besonderes erbrechtliches Problem⁵¹, ganz abgesehen von den menschlichen Enttäuschungen auf beiden Seiten. Dieser Aspekt einer vorweggenommenen Erbfolge wird oft zu wenig berücksichtigt.

Wenn der Altgesellschafter ausscheidet, was entweder vereinbart oder durch eine – dann nicht immer leicht durchzusetzende – Ausscheidenskündigung bewirkt werden muss, bleibt er gem. § 160 HGB für längere Zeit in der Haftung. Diese zwingende Folge, die insbesondere wegen der Behandlung von Ansprüchen aus Dauerschuldverhältnissen zeitweise zu erheblichen Bedrohungen des Ausgeschiedenen geführt hat, die erst durch die Maßgeblichkeit der Verfallbarkeit der Ansprüche (auf Betriebsrenten) etwas abgeschwächt worden sind⁵², hat schon manche gewünschte vorweggenommene Erbfolge in Gesellschaftsbeteiligungen im Ansatz verhindert. Der Schuldbefreiungsanspruch des Ausgeschiedenen nach § 738 Abs. 2 BGB, der sich – entgegen dem Wortlaut - gegen die Gesellschaft richtet⁵³, kann von dieser entweder durch Befriedigung von Gläubigern oder dadurch erfüllt werden, dass sie Gläubiger veranlasst, den Ausgeschiedenen aus der Haftung zu entlassen⁵⁴. Dieser Weg, der zur Zeit auch bei der Sanierung von notleidenden Gesellschaftern unter Ausschließung dazu nicht bereiter Teilhaber bisweilen versucht wird, kommt aber die verbleibenden Gesellschafter einschließlich des als Nachfolger Eintretenden u.U. sehr teuer zu stehen. Sie werden dies um so mehr scheuen, als der Ausgeschiedene nach Gesetz und meist auch nach den Gesellschaftsverträgen eine Abfindung beanspruchen kann, die grundsätzlich zum Verkehrswert zu bemessen ist; auf die vielfältigen Praktiken und Methoden einer vertraglichen Abfindungsbeschränkung kann ich hier aus Zeitgründen nicht eingehen⁵⁵. Sie sind auch nicht

eigentlich ein Problem der vorweggenommen Erbfolge, sondern stellen sich bei jedem Ausscheiden eines Gesellschafters, in der GmbH besonders auch bei Einziehung des Geschäftsanteils nach § 34 GmbHG⁵⁶. In den hier in den Vordergrund gestellten Fällen wird allerdings schon in den vertraglichen Regelungen die Abfindung unter Berücksichtigung der Leistungsfähigkeit und der Interessen gerade auch des Nachfolger-Gesellschafters bestimmt werden – das ist auch zu empfehlen.

5. Wechsel des Alt-Gesellschafters in eine Kommanditistenstellung

Eine zweite Alternative ist der Wechsel des künftigen Erblassers in eine Kommanditistenstellung. Die hierbei auftretenden Fragen sind rein gesellschaftsrechtlicher Art. Da es sich um eine Änderung des Gesellschaftsvertrages handelt, bedarf es der Zustimmung aller Gesellschafter, wenn nicht schon der Gesellschaftsvertrag selber diesen Weg eröffnet⁵⁷. Als Kommanditist braucht sich der Alt-Gesellschafter nach § 164 HGB nicht mehr um das Alltagsgeschäft zu kümmern, sondern kann dies seinem Nachfolger überlassen; er kann sich aber, da § 164 HGB abdingbar ist, auch gewisse Mitverwaltungs- oder Widerspruchsrechte einräumen lassen⁵⁸, wovon auch nicht selten Gebrauch gemacht wird. Die Haftungsbeschränkung, um die es dem Altgesellschafter auch gehen wird, hängt natürlich von der Höhe seiner Einlage und deren richtiger Einzahlung ab, was die Beteiligten, d.h. der Übertragende und der Nachrückende, in der Hand haben.

Ohnehin unterliegt aber der aus der Komplementär-Stellung Ausgeschiedene auch in seiner neuen Rolle der Nachhaftung gem. § 160 HGB, was nach der Änderung des § 160 Abs. 3 HGB auch gilt, wenn er weiterhin in der Gesellschaft tätig ist⁵⁹. Früher bestand in diesem Zusammenhang noch eine Bedrohung durch die Rechtsprechung, die einem Kommanditisten die Haftungsbeschränkung absprach, wenn er durch die Tätigkeit als Geschäftsführer in einer Komplementär-GmbH weiterhin das Heft in der Hand behielt⁶⁰. Auch die Gefahr, dass der Wechsel nicht als Änderung der Mitgliedschaft, sondern als Kombination von Ausscheiden und Eintreten angesehen wird und folglich bis zur Eintragung im Handelsregister die Haftung aus § 176 HGB eingreifen

kann, wird heute als Folge einer überholten Sichtweise angesehen⁶¹. Dass der Alt-Gesellschafter nicht ganz ruhig schlafen kann, bevor die Frist für die Nachhaftung abgelaufen ist, stellt natürlich ein Hindernis für seinen völligen Rückzug von der Unternehmensführung dar.

III. Flankierende Maßnahmen zur Wahrung der künftigen Interessen der Beteiligten

1. Steuerrechtliche Belastungen

Es gibt eine Reihe von – vorwiegend auch finanziellen – Folgen einer vorweggenommenen Erbfolge, die im Interesse besonders des Nachfolgers bedacht werden müssen, wenn sie auch nicht in jedem Fall in gleicher Weise auftreten. Teilweise sind sie steuerrechtlicher Art, andere kommen – auch zu Lasten des Nachfolgers – aus dem menschlich-familiären Umfeld.

Zunächst wäre hier die Belastung des Gesellschafters/Nachfolgers mit Schenkungssteuer zu erwähnen, insofern kann ich aber auf die Ausführungen meines Vorredners verweisen, was auch sachlich passt, weil Erbschaft- und Schenkungssteuer eng zusammenhängen; das Vorhaben, durch eine vorweggenommene Erbfolge erhebliche erbschaftsteuerliche Vorteile zu begründen, etwa durch eine mehrfache Ausschöpfung von Freibeträgen, ist in einer Zeit lebhafter Entwicklungen gerade auf diesem Gebiet nur mit einiger Vorsicht zu verfolgen. Erbschaft- und Schenkungssteuer bilden allerdings nicht den einzigen Merkposten, da auch darauf geachtet werden muss, die Übertragung von Betriebsvermögen tunlichst einkommensteuerneutral zu bewerkstelligen, etwa keine privaten Veräußerungsgewinne zu erzeugen⁶². Dabei ist darauf zu achten, dass die Anteilsübertragung im Sinne des § 6 Abs. 3 EStG als Buchwertfortführung anerkannt werden kann⁶³. Das erfordert zunächst eine unentgeltliche Übertragung, aber das ist bei vorweggenommener Erbfolge, abgesehen vom Nießbrauchsvorbehalt, ohnehin zumeist so⁶⁴. Auf der anderen Seite ist aber auf die Gefahr hinzuweisen, dass die persönliche Haftung, die den Nachfolger ja treffen kann, nicht als Teil-Entgelt betrachtet wird – dies hat

aber der BFH abgelehnt⁶⁵, solange ein solcher Spruch heute Stand hält. Wenn also der Übernehmer ein Entgelt leistet, sollte dies deutlich unter dem übernommenen Kapitalkonto liegen⁶⁶. Nun kommt neuerdings aufgrund einer Änderung des § 6 Abs. 3 EStG hinzu, dass danach unterschieden wird, ob der Mitunternehmerteil mit oder ohne den Anteil am Sonderbetriebsvermögen übertragen wird⁶⁷. Die Buchwertfortführung bedeutet, dass der Übernehmer und der Übertragende nicht erreichen können, dass eine Gewinnrealisierung beim Übergeber und die Schaffung eines neuen Abschreibungsvolumens beim Übernehmer herauskommt, was im Umsatzsteuerrecht aber möglich sein soll⁶⁸, die Behandlung des Sonderbetriebsvermögens stellt also eine besondere Herausforderung für die Kautelarjuristen dar. Zu beachten kann weiter sein, dass der unentgeltlich erwerbende Übernehmer Gefahr läuft, latente Steuerlasten übernehmen zu müssen⁶⁹.

Das Ertragssteuerrecht geht in §§ 10 Abs. 1 Nr. 1 a, 12 Nr. 2 EStG auf die Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen ein⁷⁰. An sich können Unterhaltsleistungen gem. § 12 Nr. 2 EStG vom Verpflichteten nicht abgezogen werden, müssen dann aber auch vom Empfänger nicht versteuert werden. Dies ist nicht mehr als der Ausgangspunkt, der infolge einer schwankenden BFH-Rechtsprechung und dem entgegnetretender Praxis der Verwaltung zu einem Klärungsversuch des Gesetzgebers im Jahressteuergesetz 2008 geführt hat. Es ging dabei darum, ob im Zusammenhang mit der Übergabe vereinbarte Versorgungsleistungen des Übernehmers nun bei ihm als Sonderausgaben abziehbar sind, jedenfalls dann, wenn sie nicht aus den erzielbaren Nettoerträgen des übernommenen Vermögens dargestellt werden können, wie es ja beim Nießbrauch der Fall ist, nicht aber u.U. bei Leibrenten oder sonstigen „dauernden Lasten“⁷¹. Die schwierige Unterscheidung zwischen einer zum Vollabzug berechtigenden Last bei Vollversteuerung durch den Empfänger und Versorgungsrenten mit steuerrechtlicher Berücksichtigung des Ertragsanteils soll jetzt aber zugunsten einer solchen Abzugsfähigkeit beim Verpflichteten und Versteuerung als wiederkehrende Bezüge beim Berechtigten aufgegeben werden, auch hier, solange der Fiskus nicht härter eingreift.

Das zwingt noch zu einem kurzen Blick auf den Nießbrauch, bei dem aber

einiges zur zivilrechtlichen Grundstruktur gesagt werden muss.

2. Sicherung der Versorgung des Übertragenden, seine Rechtsstellung als Nießbraucher

Der übertragende Alt-Gesellschafter wird häufig, jedenfalls dann, wenn er aus der Gesellschaft ganz ausscheidet, einiges für seine Versorgung und mindestens diejenige seines Ehegatten, vielleicht auch mancher „weichenden Erben“ tun wollen. Hierzu kommen Rentenzusagen des Übernehmers in Betracht, die aber, da sie vom Ertrag der übernommenen Beteiligung nicht abhängen, für den Übernehmer drückend werden können. Ich habe daher einmal an einer Regelung mitgewirkt, durch die zwar dem ältesten Sohn die noch sehr lukrative Beteiligung an der Gesellschaft übertragen wurde, die anderen Kinder, die mit nicht unbedeutenden sonstigen Vermögensteilen und Unterbeteiligungen am Anteil des Bruders bedacht worden waren, sich aber auch zu seiner Unterstützung bei den Rentenzahlungen an die Eltern verpflichteten. Immerhin hat der Übernehmer, wie gezeigt, die Chance, die Rentenzahlungen steuerlich geltend machen zu können. Wählt man den Weg einer Nießbrauchsbestellung für den genannten Kreis von – zumeist – Familienangehörigen, so sind aber noch weitere Aspekte zu bedenken.

Als erstes, gerade bei Einräumung eines Nießbrauchs an das früher als Gesellschafter beteiligte Familien- oder Stammes-Oberhaupt, ist zu entscheiden, ob der Nießbraucher eine Mitgliedsstellung erhalten soll, was für den Normalfall nicht als gegeben angesehen wird⁷², so dass dem Übertragenden auch keine Haftung mehr droht. Anders ist es, wenn man sich für eine Nutzungstreuhand entscheidet, was dem früheren Gesellschafter gesellschaftsrechtliche Befugnisse als Treuhänder des Übernehmenden einräumt⁷³. Hierfür müssen aber besondere Anhaltspunkte vorliegen, seit die Möglichkeit eines dinglichen Rechts an der Mitgliedschaft anerkannt ist, so dass es einer auch nur schuldrechtlichen Vollrechtsübertragung auf den früheren Gesellschafter nicht bedarf. Dennoch ist wohl gesichert, dass die Bestellung eines Nießbrauchs der Zustimmung der anderen Gesellschafter bedarf, die nicht schon in einem Einverständnis mit der Übertragung des Anteils liegt⁷⁴.

Klarheit muss sodann auch darüber bestehen, was i.S. der §§ 1068 Abs. 2, 1030 Abs. 1, 99 Abs. 2, 100 BGB als „Ertrag“ der Mitgliedsstellung anzusehen ist. Dazu wird gerechnet der entnahmefähige Gewinn, desgleichen die Zinsen aus den schon im Zeitpunkt der Übertragung bestehenden Guthaben auf Privat- oder Darlehenskonten, nicht aber diese selber⁷⁵. Regeln sollte man im Übertragungsvertrag auch die Frage, ob und inwieweit der Nießbraucher sich eine gesellschaftsvertragliche Pflicht, Gewinne teilweise stehen zu lassen, entgegenhalten lassen muss, damit dies nicht ohne weiteres so behandelt wird wie bei den Ertragsteuern, die bekanntlich ein „Stehenlassen“ einer Ausschüttung gleichstellen⁷⁶. Auf dieser Ebene liegt auch die verbreitete Annahme, dass der Nießbraucher als Nicht-Gesellschafter ein eigenes Entnahmerecht nicht hat, wenn nicht § 122 HGB im Gesellschaftsvertrag modifiziert ist⁷⁷. Da die vorweggenommene Erbfolge i.d.R. eine Maßnahme mit langfristig gedachten Folgen ist, wird man sich damit abfinden können, dass das Abfindungsguthaben, das der Erwerber im Falle einer Auflösung oder seines Ausscheidens zu erwarten hat, nicht als Nutzung i.S. der §§ 99 Abs. 2, 100 BGB betrachtet wird⁷⁸. Ob eine Wertsteigerung des Anteils bis zu diesem Zeitpunkt anders zu behandeln ist, ist umstritten⁷⁹, passt aber eigentlich nicht in das Modell eines als Versorgung nach vorweggenommener Erbübertragung gedachten Nießbrauchs. Vieles kann - und sollte dann auch – hier wohl durch Vertragsgestaltung geklärt werden.

Das gilt natürlich auch für die Mitverwaltungsrechte. Als Nicht-Gesellschafter ist der Nießbraucher hiervon ausgeschlossen, allerdings ist § 1071 BGB zu beachten, nach dem der Nießbraucher einer Verfügung über die Mitgliedschaft in Gestalt der Kündigung, wohl auch eines Verzichts auf Erträge, zustimmen muss⁸⁰. Gerade nach einer Übertragung im Wege vorweggenommener Erbfolge wird daher geprüft werden müssen, ob Tendenzen im Schrifttum (nicht in der Rechtsprechung⁸¹), dem Nießbraucher wenigstens bei Grundlagenbeschlüssen eine Mitwirkung zu ermöglichen, es rechtfertigen könnten, einzelne Mitgliedschaftsrechte zugunsten des Nießbrauchers "abzuspalten“. Das stößt einerseits auf die bekannten rechtsdogmatischen Bedenken⁸², ist aber in den hier dargestellten Fällen wenig passend, da der Übernehmer ja in den Stand versetzt werden soll, sich beizeiten auf die verantwortliche Wahrnehmung

der unternehmerischen Aufgaben und Befugnisse einzurichten, während der Übertragende sich zurückziehen soll. Allenfalls für eine begrenzte Zeit mag man also dem Vorschlag einer gemeinschaftlichen Stimmrechtsausübung in bestimmten Beschlussgegenständen⁸³ folgen. Zu bedenken sind auch hier wieder die steuerrechtlichen Folgen, die sich daran knüpfen, ob der Nießbraucher eine Mitunternehmer-Initiative entfalten kann und dann gewerbliche Einkünfte erzielt, so dass man bei einer den Verhältnissen des Unternehmens gemäßen Aufteilung der Verwaltungsrechte zur Mitunternehmerstellung des Übernehmers und des Alt-Gesellschafters kommt⁸⁴, wenn man dies denn für vertretbar hält.

3. Verfügungsverbote zu Lasten des Übernehmers

Die im vorigen erörterten Fragen sind also weitgehend, wenn auch nicht völlig und – mit Rücksicht auf die nötige Zustimmung der Mitgesellschafter – nicht beliebig gestaltbar. Ein anderes Instrument, das hier in Betracht gezogen werden könnte, das sich aber eher für eine Ausgleichung unter Miterben oder gegenüber Pflichtteilsberechtigten eignet, ist die Einräumung einer Unterbeteiligung, auf die daher später einzugehen ist. In Familiengesellschaften, um deren Gestaltung es heute vorwiegend geht, kann sich an die Übertragung eines Anteils im Wege vorweggenommener Erbfolge noch eine andere, gewissermaßen flankierende Vorsorgemaßnahme anschließen, und zwar ein den Übernehmer belastendes Verfügungsverbot, das mit einem Rückforderungsanspruch verbunden sein kann, das allerdings nicht eigentlich ein Instrument der Gestaltung einer vorweggenommenen Erbfolge ist, sondern auch bei letztwilligen Verfügungen vorkommt. Da zu dem Verfügungsverbot im Sommer diesen Jahres eine BGH-Entscheidung ergangen ist, die Grundsatzfragen anspricht, welche sich verständlicherweise um § 137 BGB drehen⁸⁵, ist es angezeigt, hierauf einen Blick zu werfen.

Es ging allerdings um einen Miteigentumsanteil an einem Grundstück, der im Jahre 1980 in vorweggenommener Erbfolge von einer Mutter auf ihren Sohn, der bereits den anderen Anteil hielt, übertragen worden war. Diesen Grundbesitz sollte der Sohn während eines Zeitraums von 35 Jahren nur an leibliche eheliche Abkömmlinge übertragen dürfen, andernfalls sollte er an

die Mutter und nach ihrem Tod an ihren anderen Sohn zurückfallen; dies sollte auch bei Pfändungen und Verpfändungen gelten. Nach der Eintragung von Zwangshypotheken auf dreien der Grundstücke nach dem Tod der Mutter forderte der andere Sohn Rückauflassung, widerklagend forderte der Erwerber von seinem Bruder, die Löschung der auf den anderen Grundstücken eingetragenen Vormerkungen zu bewilligen. Das läuft zwar auf grundstücksrechtliche Anspruchsgrundlagen wie §§ 894, 886 BGB hinaus, aber in dem dadurch gegebenen Zusammenhang kommt es auf die höchstzulässige Zeitdauer eines schuldrechtlich wirkenden Verfügungsverbots an, wie sie im Schrifttum angenommen wird⁸⁶. Der BGH leugnet eine feste zeitliche Grenze und greift auch nicht auf die bekannten erbrechtlichen Bestimmungen der §§ 2044 Abs. 2, 2109 Abs. 1, 2062 Abs. 2 oder 2010 Satz 1 BGB zurück, die verhindern sollen, dass „die tote Hand“ des Erblassers noch länger als 30 Jahre in die Entscheidungen des Erben eingreifen kann, sondern operiert – und das kann auch für die vorweggenommene Erbfolge in Gesellschaftsanteile gelten – mit § 138 BGB. Sittenwidrig – so der BGH – sei die Vereinbarung einer Unterlassungspflicht des Übernehmers, wenn er von dem Übertragenden (oder seinen Erben) nicht die Zustimmung zu einer mit den Grundsätzen ordnungsmäßiger Wirtschaft zu vereinbarenden und den Zweck des Verfügungsverbots nicht wesentlich gefährdenden Verfügung verlangen kann, wozu – so ebenfalls der Senat – die Aufnahme von Krediten und deren Besicherung gehöre⁸⁷. Eine Gefahr einer allzu starken Einschränkung bei der Bewirtschaftung des Betriebs sah der BGH hier als möglicherweise gegeben an⁸⁸, er prüfte dann aber wohlwollend die Möglichkeit einer lückenfüllenden Vertragsauslegung im Hinblick auf eine das Verfügungsverbot relativierende Parteivereinbarung. Ähnliche Kriterien müsste man wohl an eine auflösende Bedingung oder eine Auflage anlegen, die auf eine Rückgewährpflicht des Erwerbers bei bestimmten von ihm ergriffenen Maßnahmen oder von ihm zu verantworteten Tatsachen reagieren.

Es stellt einen gewissen Reiz dar, diese Betrachtungsweise auf ihre Anwendbarkeit bei der vorweggenommenen Anteilsübertragung zu untersuchen, besonders in den häufigen Fällen der Veräußerbarkeit lediglich im Familienkreis oder auf direkte Abkömmlinge des Erblassers bzw. des Übertragenden. Die im Kapitalgesellschaftsrecht verbreiteten

Vinkulierungen bestehen gewöhnlich für alle Verfügungen, nicht nur in Bezug auf Anteile, die im Wege vorweggenommener Erbfolge übertragen wurden. § 137 BGB kommt hier nicht ins Bild, da die Anteilsvinkulierung eine auf Satzung beruhende gesellschaftsrechtliche Einrichtung ist⁸⁹. Deshalb ist übrigens auch, was hier nur angedeutet werden kann, das „Aufknacken“ von Vinkulierungen ein spezielles gesellschaftsrechtliches Thema im Bereich von Konflikten zwischen Mehrheit und Minderheit⁹⁰, das natürlich auch zu erörtern ist, wenn durch eine Vinkulierung eine Anteilsübertragung im Wege vorweggenommener Erbfolge blockiert werden kann und soll. Jedenfalls im Personengesellschaftsrecht muss nun aber wohl die Entscheidung des BGH zur überlangen zeitlichen Dauer eines Verfügungsverbots beachtet werden, allerdings mit der Besonderheit, dass hier oftmals noch Vorkaufs- und Vorerwerbsrechte einzelner oder aller Mitgesellschafter als flankierende Maßnahme hinzukommen. Das eröffnet dann aber ein weiteres Problemfeld, da eine derartige Bindung bei den betroffenen Gesellschaftern und damit auch bei einem solchen, der im Zuge vorweggenommener Erbfolge übernommen hat, Widerstand auslöst und zu teilweise raffinierten Umgehungsversuchen und Problemen bei der Bestimmung des „Dritten“ i.S. des § 463 BGB geführt hat⁹¹. Wiederum muss sich der Berater hier klar machen, ob die Übertragung an einen möglichen künftigen Erben in erster Linie der organischen Einführung des übernehmenden Jung-Gesellschafters in die Unternehmerrolle oder der Erhaltung des Familien- oder Gruppeneinflusses dienen soll; davon sollte man die Stärke etwaiger Verfügungsbeschränkungen und die Regelung ihrer Durchbrechungen sowie auch die Vereinbarung von Rückforderungsrechten abhängig machen.

IV. Einfluss vorweggenommener Erbfolge auf den schließlichen Erbfall

1. Ausgleichung unter Miterben

Gewöhnlich wird der Übernehmer zum Kreis der gesetzlichen Erben gehören, so dass die Übertragung eines Vermögensguts, die ja häufig unentgeltlich geschehen wird, bei der Verteilung des Nachlasses unter den Miterben, aber auch bei den von der Erbenstellung ausgeschlossenen

Erbprätendenten, auch wenn sie am Ende wertmäßig weniger als ihren Erbteil erhalten, Ausgleichsansprüche auslösen kann. Das ist ein sehr komplexes Feld, die Vorgaben für die Gestaltung sind vielfältig, doch wird man in den Vordergrund den Wunsch stellen, den Übernehmer, der in der Gesellschaft tunlichst keine schwache Position erhalten soll, finanziell nicht zu sehr zu belasten, auf der anderen Seite aber die Miterben und/oder pflichtteilsberechtigten Familienmitglieder, zu denen in den heute ja nicht seltenen Patchwork-Familien auch Personen gehören können, deren Beziehung zum Übernehmer nicht besonders eng ist, so zu stellen, dass sie sich mit der Situation abfinden und dies auch müssen. Bezüglich eines Pflichtteilsverzichts, wie er hier häufig angestrebt wird, kann ich auf das folgende sehr gründliche Referat verweisen. Ein Sonderfall, auf den ich ebenfalls nicht im einzelnen eingehen kann, ist das Nachrücken weiterer Erben beim Tode des Alt-Gesellschafters, der von der Übertragung in vorweggenommener Erbfolge eine Teil-Beteiligung ausgenommen und sie selber fortgeführt hatte. Das bedeutet dann, dass insoweit nach Maßgabe von Fortsetzungs- und Nachfolgeklauseln im Gesellschaftsvertrag weitere Erben nachrücken können, was zur Folge hat, dass sie im Erbfall nach ihrer Quote beteiligt werden⁹², wenn nicht letztwillig der bereits zu Lebzeiten Nachgerückte hiervon ausgeschlossen ist. In den Nachfolgeklauseln können auch Regeln über die Abfindung der nicht in die Gesellschaft eintretenden Erben enthalten sein, doch läuft man bei einem vollständigen Abfindungsausschluss Gefahr, dass dieser als Schenkung zugunsten des Übernehmers auf den Todesfall angesehen wird, was zu Pflichtteilsergänzungsansprüchen führen würde⁹³. Werden derartige Vereinbarungen für den Fall getroffen, dass Miterben einmal in die Gesellschaft eingetreten sind und nun durch Ausscheidenskündigung „Kasse machen“ wollen, muss man sich den bekannten Schranken der diesbezüglichen Gestaltungsfreiheit stellen, was natürlich auch gilt, wenn nicht für die Unternehmensführung vorgesehene, als Kommanditisten oder Stille eingetretene Miterben ausscheiden oder ihren Anteil veräußern wollen.

Im Kreis der Miterben kann nun eine Ausgleichung lebzeitiger Vorempfänge nach den §§ 2050 ff. BGB gefordert werden. Hierzu ist aber von vornherein klar, dass eine Ausgleichungspflicht nur unter

Abkömmlingen des Erblassers bestehen kann, die zu Lebzeiten des Erblassers von diesem etwas als „Ausstattung“ erhalten haben. Lebzeitige Zuwendungen an den Ehepartner des Erblassers⁹⁴, seien sie Schenkung oder sogenannte unbenannte ehebedingte Zuwendungen, scheiden also hier aus- wiederum wichtig in Patchwork-Familien. Der Erblasser kann aber nach § 2050 Abs. 3 BGB Anrechnungsanordnungen treffen. Aber auch im übrigen kommt eine Ausgleichung nach §§ 2056 ff. BGB nur nach Zuwendungen in Frage, die sich als „Ausstattung“ darstellen, worunter man Leistungen versteht, die der Begründung einer selbstständigen Lebensstellung dienen. Das RG hat dies einmal für die Einräumung einer stillen Teilhaberschaft angenommen⁹⁵, und man mag im Einzelfall durchaus überlegen, ob eine Übertragung in vorweggenommener Erbfolge auch hierher gehört. Deshalb sind wieder Entscheidungen des Erblassers angesagt, die unbedenklich sind, soweit sie in einer letztwilligen Verfügung stehen, dagegen umstritten, wenn sie zwischen dem (künftigen) Erblasser und einem Abkömmling unter Lebenden vereinbart wurden⁹⁶. IdR wird aber der Erblasser, schon mit Rücksicht auf die für die Pflichtteile wichtige Bestimmung des § 2315 BGB, eine Anrechnungsbestimmung schon bei der Zuwendung getroffen haben.

2. Zur Pflichtteilsbelastung des Übernehmers

Es handelt sich um eines der zentralen Themen⁹⁷, das so viel Kopfzerbrechen verursacht, weil diese Ansprüche zusammen mit den Erbschaftssteuerpflichten eine erhebliche Belastung des Übernehmers verursachen und damit die Durchführbarkeit einer Vorwegnahme der Erbfolge in Frage stellen können, und weil eine vertragliche Regelung durch Pflichtteilsverzicht, die ohnehin manchmal schwer zu erreichen ist, in letzter Zeit etwas in Verruf zu geraten scheint – worüber ich hier aber nicht zu referieren habe.

§§ 2305, 2307 BGB sollen dem Enterbten oder den nur mit einem Vermächtnis Bedachten (der das Vermächtnis ausgeschlagen haben muss)⁹⁸ den Wert seines vollen Pflichtteils erhalten; der überlebende Ehegatte, der in Zugewinnngemeinschaft verheiratet war, kann nach § 1371 Abs. 3 BGB ein Vermächtnis ausschlagen, um den Zugewinnausgleich

und dazu den „kleinen“ Pflichtteil zu erlangen. Hier lägen also Risiken für einen Gesellschafter-Erben, der von Todes wegen die Gesellschaftsbeteiligung des Erblassers erwirbt, die – wie es nicht selten ist – den wesentlichen Teil des Nachlasses ausmacht. Nun muss sich nach § 2315 BGB jeder Pflichtteilsberechtigte, also auch wenn er geerbt hat, lebzeitige Zuwendungen auf seinen Pflichtteil anrechnen lassen, wenn dies der Erblasser bei der Zuwendung so bestimmt hat. Daneben kann ein nach § 2050 BGB ausgleichungspflichtiger Vorempfang im Verhältnis unter mehreren Abkömmlingen eine Ausgleichungspflicht nach § 2316 Abs. 1, 3 BGB auslösen, was aber wiederum nicht einen überlebenden Ehegatten betrifft, dessen Pflichtteil, wie derjenige eines Abkömmlings, der Erbverzicht geleistet hat, unabhängig von § 2316 BGB zu berechnen ist⁹⁹. Mit der Anwendung dieser Regeln auf eine vorweggenommene Erbfolge hat sich vor nicht langer Zeit der BGH befasst¹⁰⁰, die vom Senat zur Auslegung des Erblasserwillens gemachten Ausführungen sollten bei der Vertragsgestaltung präsent sein.

Der Sohn der Inhaberin eines offenbar größeren Einzelhandelsgeschäfts hatte von seiner Mutter „im Wege der vorweggenommenen Erbfolge unentgeltlich“ im Jahre 1981 dieses Geschäft erhalten, das er dann bis 1996 fortgeführt hatte. Die Mutter starb 2005, als Erben hatte sie ihre Tochter und deren Kinder eingesetzt. Der Sohn fand, dass ihm von dem den Wert des Handelsgeschäfts bedeutend übersteigenden Nachlass einschließlich des Werts einer Schenkung der Erblasserin an eine ihre Enkelinnen der Pflichtteil zustehe, während die beklagten Erben meinten, er habe wegen der Übertragung des Betriebs und hoher nach § 2057 a BGB auszugleichender Sonderleistungen keine erbrechtlichen Ansprüche mehr. Der BGH vermisste im Berufungsurteil schon einen richtigen Ansatz, der bei der Auslegung des Erblasserwillens darin liege, ob die Zuwendung nach § 2316 Abs. 1, 2050 Abs. 3 BGB zur Ausgleichung zu bringen, gem. § 2315 Abs. 1 BGB auf den Pflichtteil anzurechnen sei oder ob nach § 2316 Abs. 4 BGB die Zuwendung sowohl auszugleichen als auch anzurechnen sei. Der BGH ist sich darüber klar, dass bei diesen Alternativen ganz unterschiedliche Berechnungsweisen mit möglicherweise differierenden Ergebnissen anzuwenden sind; kurz zusammengefasst, sei bei einer Ausgleichung erst der Wert der

Zuwendung von dem Erbteil abzuziehen und von dem so ermittelten Wert der Pflichtteil zu berechnen, während bei einer Anrechnung zunächst der Pflichtteil selbst berechnet und hiervon dann der Wert der Zuwendung abgezogen wird. Bei einer kumulierten Ausgleichs- und Anrechnungsanordnung sei dann zunächst der Pflichtteil im Wege der Ausgleichung zu bestimmen und dieser Wert sodann um die Hälfte des Zuwendungswerts zu kürzen.

Ich gestehe, dass meine Ausbildung in Mathematik schon zu lange zurückliegt, als dass ich mir immer sicher sein könnte, hier richtig zu kalkulieren, was ich mir bei meinem Studium des Berufs eines iudex, der bekanntlich „non calculat“, auch nicht recht vorstellen konnte. Deshalb muss man dankbar sein für die anschließende Bemerkung des BGH, im Fall einer Bestimmung auf der Grundlage des § 2316 Abs. 4 BGB könne die Folge sogar sein, dass der Pflichtteil des Zuwendungsempfängers größer ist, als wenn nur eine Anrechnung angeordnet wäre, wogegen bei lediglich pflichtteilsberechtigten Abkömmlingen und nur einer berücksichtigungsfähigen Zuwendung der Pflichtteil des Empfängers in den Fällen des § 2315 Abs. 1 BGB oder § 2316 Abs. 4 BGB gleich sei¹⁰¹.

Aufgerufen sind also – vom BGH – der Tatrichter, vor ihm der Vertragsgestalter. Allein die Verwendung des Begriffs der vorweggenommenen Erbfolge – so der BGH – gebe keinen Hinweis auf eine Ausgleichungspflicht; allerdings könne darin eine Ausgleichsanordnung liegen, weil durch die Bezugnahme auf die Erbfolge die Berücksichtigung der Zuwendung auf den Erbteil und nicht auf den Pflichtteil gemeint sein könne¹⁰². Da aber eine pflichtteilsmindernde Anrechnungsbestimmung auch schlüssig erfolgen kann¹⁰³, kann die vorweggenommene Erbfolge auch so zu verstehen sein, dass der Vorempfang ganz allgemein von allem abgezogen werden soll, was der Übernehmer aus dem Nachlass zu erhalten hat, und zwar sogar in dem Sinne, dass er ganz auf die lebzeitige Zuwendung beschränkt sein soll¹⁰⁴. Für die Annahme einer Anrechnungsbestimmung im Sinne des § 2315 Abs. 1 BGB muss also klar sein, dass der Erblasser eine Kürzung des dem Übernehmer am Restnachlass zustehenden Pflichtteils wollte. Dafür bedarf

es einer Auslegung, die unter den Umständen des Einzelfalls der zeitliche Zusammenhang zwischen Zuwendung und Testamentserrichtung, die wirtschaftliche Nutzbarkeit des Zuwendungsgegenstandes sowie die Vorstellungen des Erblassers von einer Gleichbehandlung der Erben in Betracht kommen, die dadurch gefährdet sein könnte, dass der enterbte Vorempfänger rechnerisch mit der Hälfte des Vorempfangs begünstigt bleibe¹⁰⁵.

Vor diesem Hintergrund lässt sich der BGH auf Zahlenspiele im Verhältnis zwischen den Werten des Nachlasses und der Zuwendung ein, die allerdings im konkreten Fall nicht zu einem Ergebnis führten, weil der Kläger nicht dargelegt hatte und nach Einstellung des übernommenen Geschäfts und Verlust der Buchungsunterlagen nicht beweisen konnte, was das Geschäft nach dem Verlust wert gewesen war, was auf der anderen Seite auch daran scheiterte, dass zur Bewertung der an die Erben erbrachten und nach § 2057 a BGB auszugleichenden Leistung nicht genügend vorgetragen war. Da es hier und heute weniger um Beweislast und Taktik im Pflichtteilsprozeß als um die Vertragsgestaltung geht, mag es genügen, die möglichen Anordnungen des Übertragenden aufzuzeigen¹⁰⁶.

3. Der Pflichtteilsergänzungsanspruch

Dies muss aber auch mit Blick auf den Pflichtteilsergänzungsanspruch nach § 2325 BGB geschehen, dem der Übernehmer aufgrund der Übernahme ausgesetzt sein kann. Dabei geht es – unabhängig vom Pflichtteilsanspruch oder einer etwaigen Missbrauchsabsicht des Übertragenden¹⁰⁷ – um eine Erhöhung des Pflichtteils durch eine – fiktive – Hinzurechnung des Zuwendungsgegenstandes zum Nachlass, die bei Schenkung seitens des Erblassers an einen „Dritten“ in Betracht kommt, wobei „Dritter“ auch ein Miterbe sein kann¹⁰⁸. Freilich fallen Zuwendungen, die schon einer Ausgleichungspflicht gem. § 2316 Abs. 2 unterliegen, nicht mehr unter die Pflichtteilsergänzung, weil eine doppelte Berücksichtigung der gleichen Schenkung zugunsten des Pflichtteilsberechtigten nicht gerechtfertigt wäre¹⁰⁹; hiervon können allerdings Ausnahmen eingreifen, wenn im Einzelfall die

Pflichtteilsberechnung nach § 2316 BGB den Berechtigten schlechter stellt als einen nicht zur Ausgleichung Berechtigten, der auf den Ergänzungsanspruch gem. § 2325 BGB angewiesen ist. Es geht eben immer um eine vollständige Ausgleichung, die allerdings ausfallen kann, wenn Übertragende die Schenkung eine bestimmte Zeit überlebt hat, wobei aufgrund der im Jahre 2010 in § 2325 Abs. 3 Satz 1 und 2 sogenannten „Pro-rata-Lösung“ die Zuwendung um so weniger berücksichtigt wird, je länger sie beim Erbfall zurückliegt¹¹⁰. Der hieraus folgende Ratschlag, so rechtzeitig die Erbfolge vorwegzunehmen, dass der Übertragende mehrere bis hin zu 10 Jahren, durch deren Ablauf der Anspruch ganz entfällt, am Leben bleibt, ist bekanntlich vom Steuerrecht gedeckt; er wird aber vom Übertragenden nicht gern gehört werden, wenn er sich den Nießbrauch vorbehalten oder sogar die wesentlichen Mitverwaltungsrechte in der Hand behalten will, so dass noch kein Vollzug der Schenkung mit der Folge des Fristbeginns vorläge¹¹¹. Insgesamt können also die hier in den Mittelpunkt gerückten Fälle der vorweggenommenen Erbfolge im Kreis von Angehörigen, also Abkömmlingen und Ehegatten, durch Zeitablauf, also durch das frühzeitige „Geben mit der warmen Hand“, etwas entschärft werden, aber das Problem der Anrechnung und Ausgleichung von Vorempfängen bleibt. Es gehört neben den rechtlich wie menschlich schwierigen Vorsorgemaßnahmen für Zerwürfnisse zwischen dem Übernehmer und dem Übergebenden zu den möglichen Ursachen eines Scheiterns diesbezüglicher Konzepte.

V. Schluss

Das ist – leider – keine lyrische Schlussbemerkung, zumal einige für die Ausgleichungsfragen hilfreiche praktische Maßnahmen aus Zeitgründen unerwähnt bleiben mussten, so die Anordnung einer Anrechnung der Einkünfte aus einer Unterbeteiligung, die zeitliche Befristung einer solchen Beteiligung sowie die manchmal intrikate Behandlung einer in vorweggenommener Erbfolge erfolgten Übertragung im Zugewinnausgleich. Das ist an sich bedauerlich in einem Referat, das nicht darauf angelegt war, von einem festen Ausgangspunkt her durch Bohren bis zum Mittelpunkt der Erde eine These zu erarbeiten, sondern das gewissermaßen „flächig“ einen Fragenkreis vorstellen sollte. Bildhaft

ausgedrückt, bleiben aber genügend Stolpersteine, die ich in meinen Thesen zusammengestellt habe. Ein weiteres Referat, das aber nicht nur in Bezug auf Maßnahmen der vorweggenommenen Erbfolge und folglich jetzt nicht von mir gehalten werden müsste, beträfe die gerade in diesem Bereich nicht seltene Notwendigkeit, die langfristig geplanten Regelungsschritte bei grundlegenden Veränderungen der unternehmerischen, aber auch der menschlich-persönlichen Umstände zu revidieren.

-
- ¹ Professor (em.) *Dr. Dres. h.c. Harm Peter Westermann* war Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Rechtsvergleichung an der Universität Tübingen.
 - ² BGHZ 111, 310; *Crezelius*, in: Westermann/Wertenbruch (Hrsg.), Handbuch der Personengesellschaften, Stand: 52. El., 2012, Rn. II 450.
 - ³ Zur Vertragsgestaltung im Erbrecht soeben *Aderhold/Koch/Lenkaitis*, Vertragsgestaltung, 2012, S. 209 ff.; zum Für/Wider von lebzeitigen Maßnahmen in vorweggenommener Erbfolge *Steiner*, in: Groll, Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung, 2001, Abschnitt B I Rn. 21 ff.; v. *Dickhuth-Harrach*, Handbuch der Erbfolge-Gestaltung, 2011, § 4.
 - ⁴ v. *Dickhuth-Harrach* (Fn. 3), § 4 Rn. 2; *Steiner*, in: Groll (Fn. 3) Rn. 30.
 - ⁵ Näher dazu *Crezelius*, in: Westermann/Wertenbruch (Fn. 2), Rn. II 463 ff.; *Steiner*, in: Groll (Fn. 3), Rn. 28 ff.
 - ⁶ Zur Nachfolgebildung unter diesem Aspekt *Steiner*, in: Groll (Fn. 3), Rn. 233.
 - ⁷ Auch dazu *Crezelius*, in: Westermann/Wertenbruch (Fn.2), Rn. 463 ff, 494 ff.; v. *DickhuthHarrach* (Fn. 3), Rn. 7, 11.
 - ⁸ Zum „Familiensinn“ als Grundlage der gesetzlichen Erbfolgeregelung *Schiemann*, in: FS Bengel und Reimann, 2012, S. 331 ff.
 - ⁹ Der BGH (ZIP 2012, 226 mit Kurzkomm. *Joost*, EWiR 2012 und Anm. *Hadding/Kießling*, WuB II J § 705 BGB) befasst sich nur mit dem Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Unterbeteiligung; auch dazu siehe meine Bemerkungen ZIP 2012, 1007 ff.
 - ¹⁰ Zur Gefahr des Undanks, die sich allerdings nicht nur bei Zuwendung in vorweggenommener Erbfolge stellt, s. wiederum *Steiner*, in: Groll (Fn. 3), Rn. 32; zur Vorsorge durch Rückforderungsmöglichkeiten v.*Dickhuth-Harrach* (Fn. 3), Rn. 5.
 - ¹¹ *Steiner*, in: Groll (Fn. 3), Rn. 25; v. *Dickhuth-Harrach* (Fn. 3), Rn. 4.

- ¹² Auch dazu *Steiner*, in: Groll (Fn. 3), Rn. 29.
- ¹³ Dazu *Steiner*, in: Groll (Fn. 3), Rn. 17 ff.
- ¹⁴ Eingehend dazu *Steiner*, in: Groll (Fn. 3), Abschn. B I Rn. 45 ff.
- ¹⁵ Dies betrifft also die Übertragung unter Lebenden; zu den schwierigen Fragen der Übertragung unter Lebenden auf den Todesfall *Becker AcP* 201 (2001), 629 ff.
- ¹⁶ Muster bei *Heckschen*, in: Westermann/Wertenbruch (Fn. 2), V 11 (§13).
- ¹⁷ Zur Zulässigkeit MünchKomm/HGB/K. *Schmidt*, 3. Aufl., 2011, § 105 Rn. 220; GroßKomm/HGB/*Schäfer*, 5. Aufl., 2009, § 105 Rn. 295.
- ¹⁸ BGH, WM 1982, 234 f.; MünchKomm/HGB/K. *Schmidt* (Fn. 17), § 105 Rn. 217; Großkomm/HGB/*Schäfer* (Fn. 17), § 105 Rn. 295.
- ¹⁹ *Wertenbruch*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, 2. Aufl., 2008, § 105 Rn. 161; MünchKomm/HGB/K. *Schmidt* (Fn. 17), § 105 Rn. 218.
- ²⁰ So wohl auch MünchKomm/HGB/K. *Schmidt* (Fn. 17), § 105 Rn. 218.
- ²¹ BGHZ 13, 179, 185; *Wertenbruch*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn (Fn. 19), § 105 Rn. I 161; *Hopt*, in: Baumbach/Hopt HGB, 35. Aufl., 2012, § 107 Rn. 70.
- ²² MünchKomm/HGB/K. *Schmidt* (Fn. 17), § 105 Rn. I 219.
- ²³ *H.P. Westermann*, in: Westermann/Wertenbruch (Fn. 2), Rn. I 1009.
- ²⁴ BGH, JZ 1987, 95 mit Anm. *H.P. Westermann*; weitere Nachw. bei *H.P. Westermann*, in: Westermann/Wertenbruch (Fn. 2), Rn. I 532; zum Ablauf näher *H.P. Westermann*, Liber amicorum *Happ*, 2006, S. 337, 349 f.
- ²⁵ *Flume*, FS Rittner, 1991, S. 130; s. auch *Weipert*, ZGR 1990, 142 ff.
- ²⁶ Im Fall BGH, NJW 1974, 1656 (dazu *Reuter*, ZGR 1976, 88; *H.P. Westermann*, FS Hefermehl, 1976, S. 225, 227) wäre beim Tod eines geschäftsführenden Gesellschafters nur seine geschiedene Frau als Nachfolgerin in Betracht gekommen, obwohl sie sicher nicht Erbin werden würde.
- ²⁷ NZG 2005, 129; dazu *H.P. Westermann*, in: Westermann/Wertenbruch (Fn. 2) Rn. I 533 a.
- ²⁸ BGHZ 64, 253, 258; BGH, WM 1985, 256; *Timm*, WM 1991, 483; GroßKomm/HGB/*Schäfer* (Fn. 18), § 105 Rn. 244.
- ²⁹ Zu dieser Ausnahme näher Scholz/*Seibt*, GmbHG, 11. Aufl., 2012, § 15 Rn. 120; zur Ermessensausübung OLG Düsseldorf, GmbHR 1964, 250; MünchKomm/GmbHG/*Reichert/Weller*, 1. Aufl., 2010, § 15 Rn. 409.
- ³⁰ Auch dazu Scholz/*Seibt* (Fn. 29), § 15 Rn. 127.
- ³¹ OLG Koblenz, NJW-RR 1989, 1057, 1059; KG, NZG 2001, 508; *Roth/Altmeyen*, GmbHG, 7. Aufl., 2012, § 15 Rn. 98; Michalski/*Ebbing*, GmbHG, 2. Aufl., 2010, § 15 Rn. 154; Scholz/*Seibt* (Fn. 29), § 15 Rn. 127; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck,

GmbHG, 19. Aufl., 2010, § 15 Rn. 46.

- ³² BGHZ 108, 380, 385; krit. *K. Schmidt*, GmbHR 2011, 1289, 1294.
- ³³ Zur Anteilssteuerung durch Vinkulierungsklauseln *K. Schmidt*, GmbHR 2011, 1289 ff.
- ³⁴ OLG Düsseldorf, GmbHR 1987, 732; dazu *H.P. Westermann*, Anm. zu LG Düsseldorf, ZIP 1980, 1260; *ders.*, ZIP 1985, 1294 ff.; *ders.*, FS Huber, 2006, S. 997 ff., 1015; *K. Schmidt*, AcP 189 (1989), 1 ff.
- ³⁵ Zur Anwendung des § 15 Abs. 5 GmbHG auf letztwillige Verfügungen eingehend *Scholz/Seibt* (Fn. 29), § 15 Rn. 36 ff.; *Reichert/Weller*, in: *Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG, 2005, § 15 Rn. 471.
- ³⁶ Näher dazu *Scholz/Veil* (Fn. 29), § 5 Rn. 24.
- ³⁷ *Michalski/Ebbing* (Fn. 31), § 15 Rn. 24 f.; *Baumbach/Hueck/Fastrich* (Fn. 31), § 15 Rn. 9; zu Abtretungspflichten etwa BGHZ 98, 386, 390 = NJW 1985, 2592; OLG Celle, GmbHR 1959, 113.
- ³⁸ *Michalski/Ebbing* (Fn. 31), § 15 Rn. 22.
- ³⁹ Zur Anwendbarkeit des § 1365 BGB auf Anteilsveräußerungen oder auf die Beendigung der Beteiligung durch Kündigung oder Ausschließung *Erman/Budzikiewicz*, BGB, 13. Aufl., 2011, § 1365 Rn. 24; *Wertenbruch*, in: *Westermann/Wertenbruch* (Fn. 2), Rn. I 642 a; aus der Praxis BGH NJW 1980, 2350.
- ⁴⁰ *Wertenbruch*, in: *Westermann/Wertenbruch* (Fn. 2), Rn. I 648.
- ⁴¹ Hierzu eingehend (und kritisch) *H.P. Westermann*, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften, 1970. S. 382 ff..
- ⁴² *Wertenbruch*, in: *Westermann/Wertenbruch* (Fn. 2), Rn. I 1006.
- ⁴³ Ein Ausschluss des Eintretenden von Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis wegen einer entsprechenden Beschränkung der Rechte des Übertragenden wird jedenfalls dann nicht greifen, wenn dieser Ausschluss durch Alter oder Krankheit begründet oder sonst auf die Zeit der Zugehörigkeit des Übertragenden zur Gesellschaft beschränkt war, *MünchKomm/BGB/Ulmer/Schäfer* (Fn. 17), 5. Aufl., 2009, § 719 Rn. 41; *GroßKomm/HGB/Schäfer* (Fn. 17), § 105 Rn. 106.
- ⁴⁴ Näher *Teichmann*, NJW 1966, 2339; *GroßKomm/HGB/Schäfer* (Fn. 17), § 105 Rn. 306.
- ⁴⁵ BGHZ 145, 221; BGH, WM 1986, 1314; *Wertenbruch*, in: *Westermann/Wertenbruch* (Fn. 2) Rn. I 645 a; *GroßKomm/HGB/Schäfer* (Fn. 17), § 105, Rn. 305.
- ⁴⁶ *GroßKomm/HGB/Habersack*, 5. Aufl., 2009, § 130 Rn. 9; *MünchKomm/HGB/K. Schmidt* (Fn. 17), § 130 Rn. 214; *Hopt* (Fn. 21), in: *Baumbach/Hopt*, § 130 Rn. 4.

- ⁴⁷ *H.P. Westermann*, in: *Westermann/Wertenbruch* (Fn. 2) Rn. I 1006 – näher unten IV 2.
- ⁴⁸ *Scholz/Verse* (Fn. 29), § 30 Rn. 5.
- ⁴⁹ Näher siehe Fn. 42.
- ⁵⁰ BGHZ 112, 40, 46 und dazu *Wiedemann/Heinemann*, DB 1990, 1649, 1652; *K. Schmidt*, BB 1990, 1992, 1995; *H.P. Westermann*, in: *Westermann/Wertenbruch* (Fn. 2), Rn. I 1101 e.
- ⁵¹ Einige Hinweise zu den Disziplinierungsmaßnahmen des Erblassers bei *H.P. Westermann*, FS Wiegand, 2005, S. 667, 678 ff.
- ⁵² BGHZ 108, 330, 339 ff.; BAG, NZG 2007, 860, 863 ff.; GroßKomm/HGB/*Habersack* (Fn. 17), § 160 Rn. 11; *Wertenbruch*, in: *Westermann/Wertenbruch* (Fn. 2), Rn. I 938.
- ⁵³ *Soergel/Hadding/Kießling*, 13. Aufl., 2011, § 738 Rn. 15; *Erman/H.P. Westermann*, BGB, 13. Aufl., 2011, § 738 Rn. 9.
- ⁵⁴ *H.P. Westermann*, in: *Westermann/Wertenbruch* (Fn. 2), Rn. I 1141 b.
- ⁵⁵ Zur Berechnung und vertraglichen Regelbarkeit im einzelnen *H.P. Westermann*, in: *Westermann/Wertenbruch* (Fn. 2), Rn. I 1145 ff., 1155 ff.
- ⁵⁶ Im einzelnen dazu *Scholz/H.P. Westermann* (Fn. 29), § 34 Rn. 29 ff.
- ⁵⁷ *H.P. Westermann*, in: *Westermann/Wertenbruch* (Fn. 2), Rn. I 1026.
- ⁵⁸ Zur Abdingbarkeit des § 164 HGB in diesem Sinne *Aderhold*, in: *Westermann/Wertenbruch* (Fn. 2), Rn. I 1355; *MünchKomm/HGB/Grunewald*, 3. Aufl., 2012, § 164 Rn. 22.
- ⁵⁹ *H.P. Westermann*, in: *Westermann/Wertenbruch* (Fn. 2), Rn. I 1026.
- ⁶⁰ BGHZ 78, 114; 108, 341; *H.P. Westermann*, in: *Westermann/Wertenbruch* (Fn. 2), Rn. I 1026.
- ⁶¹ Zur neuen Konzeption BayObLG, NJW 1970, 1796; *Mayer-Maly*, FS H.Westermann, 1974, S. 372 ff.; zur Unanwendbarkeit des § 176 HGB *Hopt*, in: *Baumbach/Hopt* (Fn. 21), § 176 Rn. 30; *MünchKomm/HGB/K. Schmidt* (Fn. 17), § 176 Rn. 21; *H.P. Westermann*, in: *Westermann/Wertenbruch* (Fn. 2), Rn. I 1026; anders insoweit noch BGHZ 66, 98, 101.
- ⁶² *Steiner*, in: *Groll* (Fn. 3), Rn. 40 – 42.
- ⁶³ Hierzu und zum folgenden *Crezelius*, in: *Westermann/Wertenbruch* (Fn. 2), II 453 ff.; v. *Dickhuth-Harrach* (Fn. 3), § 12 Rn. 2 ff.
- ⁶⁴ Dazu etwa *Götz*, NZG 2004, 351.
- ⁶⁵ Abl. BFH BStBl II 1986, 811; zust. *Schmidt/Wacker*, EStG, 29. Aufl., 2010, § 16 Rn. 57 ff.

- ⁶⁶ *Crezelius*, in: Westermann/Wertenbruch (Fn.2), Rn. II 459 unter Einschluss der Verhältnisse bei einem negativen Kapitalkonto eines Kommanditisten.
- ⁶⁷ *Crezelius*, in: Westermann/Wertenbruch (Fn.2), Rn. II 462.
- ⁶⁸ Auch dazu *Crezelius*, in: Westermann/Wertenbruch (Fn.2), Rn. II 463.
- ⁶⁹ Näher dazu *Priester*, DNotZ 1991, 507, 520 ff.; v. *Dickhuth-Harrach* (Fn. 3), § 12 Rn. 4.
- ⁷⁰ Dazu wiederum *Crezelius*, in: Westermann/Wertenbruch (Fn.2), Rn. II 500 ff.; eingehend *Steiner*, in: Groll (Fn. 3), Abschn. B I, Rn. 91 ff.
- ⁷¹ Das ist kein zivilrechtlicher Begriff, zur steuerlichen Behandlung der dauernden Last *Götz*, NZG 2004, 351.
- ⁷² MünchKomm/BGB/*Ulmer* (Fn. 43), § 705 Rn. 96; GroßKomm/HGB/*Schäfer* (Fn. 17), § 105 Rn. 126; *Wertenbruch*, in: Westermann/Wertenbruch, Rn. I 681; MünchKomm/BGB/*Pohlmann*, 5. Aufl., 2009, § 1068 Rn. 67.
- ⁷³ *Wertenbruch*, in: Westermann/Wertenbruch (Fn. 2), Rn. I 681 a.
- ⁷⁴ *Wertenbruch*, in: Westermann/Wertenbruch (Fn. 2), Rn. I 678; MünchKomm/BGB/*Ulmer* (Fn. 43), § 705 Rn. 97; GroßKomm/HGB/*Schäfer* (Fn. 17), § 109 Rn. 119; a.M. aber MünchKomm/HGB/K. *Schmidt* (Fn. 17), vor § 230 Rn. 14.
- ⁷⁵ *Wertenbruch*, in: Westermann/Wertenbruch (Fn.2), Rn. I 682 a.
- ⁷⁶ *Wertenbruch* ebenda.
- ⁷⁷ Auch dazu *Wertenbruch*, in: Westermann/Wertenbruch (Fn.2), Rn. I 682 d.
- ⁷⁸ MünchKomm/BGB/*Pohlmann* (Fn. 72), § 1068 Rn. 65; GroßKomm/HGB/*Schäfer* (Fn. 17), § 105 Rn. 123; *Wertenbruch*, in: Westermann/Wertenbruch (Fn. 2), Rn. I 682.
- ⁷⁹ Dafür *Schön*, ZHR 158 (1994) S. 229, 245 ff.; a.M. MünchKomm/BGB/*Pohlmann* (Fn. 72), § 1068 Rn. 65.
- ⁸⁰ MünchKomm/BGB/*Ulmer* (Fn. 43), § 705 Rn. 102; Baumbach/*Hopt* (Fn. 21), § 105 Rn. 46; *Wertenbruch*, in: Westermann/Wertenbruch (Fn. 2), Rn. I 683 e; MünchKomm/HGB/K. *Schmidt* (Fn. 17), vor § 230 Rn. 22.
- ⁸¹ BGH, NJW 1999, 571; anders etwa *Schön*, ZHR 158 (1994), S. 229, 261.
- ⁸² Übersicht über die Rechtslage beim Nießbrauch bei *Wertenbruch*, in: Westermann/Wertenbruch (Fn. 2), Rn. I 683 c; zur Tragfähigkeit des „Abspaltungsverbots“ im Personengesellschaftsrecht, *H.P. Westermann*, Vertragsfreiheit (Fn. 41), S. 372 ff.
- ⁸³ *Götz*, NZG 2004, 351; s. auch *Wertenbruch*, in: Westermann/Wertenbruch (Fn. 2), Rn. I 683 c.
- ⁸⁴ *Spiegelberger*, ZEV 2003, 396; *K. Schmidt*, ZGR 1999, 610 ff.; *Götz* aaO.;

offenlassend BGH, NJW 1999, 571.

- ⁸⁵ Urteil vom 6.7.2012, NJW 2012, 3162; zum „Verfügungsunterlassungsvertrag“ aber auch schon BGHZ 134, 182; v. *Dickhuth-Harrach* (Fn. 3), § 14; zu Rückforderungsrechten *Steiner*, in: Groll (Fn. 3), Rn. 112 ff.
- ⁸⁶ Etwa von *Großfeld/Gersch*, JZ 1988, 937, 944; MünchKomm/BGB/*Armbrüster* (6. Aufl., 2012), § 137 Rn. 25; anders *Schack*, JZ 1989, 609, 612.
- ⁸⁷ Bezugnahme auf BGH, NJW 2009, 1135 f. (Rentenkaufvertrag) und OLG Celle, RDL 2002, 45 (Hofübergabevertrag).
- ⁸⁸ Anschluss an *Lüdtke/Handjery*, DNotZ 1985, 332, 351.
- ⁸⁹ So auch *Reichert*, GmbHR 2012, 713, 721 f.
- ⁹⁰ Näher *H.P. Westermann*, FS U. Huber, 2006, S. 997 ff.
- ⁹¹ Näher *H.P. Westermann*, FS Wiedemann, 2002, S. 1349; *Grunewald*, FS Gernhuber, 1993, 137 ff.; *Assmann/Sethe*, FS Zöllner, 1998, S. 3 ff. (zu GmbH-Anteilen); zu den Gründen und Gestaltungswegen für Vorkaufsrechte allgemein *Westermann/Klingberg*, FS Quack, 1991, S. 545; *G. Hueck*, FS Larenz, 1973, 749 ff.; zusammenfassend MünchKomm/BGB/*H.P. Westermann*, 6. Aufl., 2012, § 463 Rn. 19 a, 23.
- ⁹² Zum Nachrücken nach dem Maßstab der Erbquote BGHZ 98, 48, 51; 119, 346, 354; GroßKomm/HGB/*Schäfer* (Fn. 17), § 139 Rn. 45; MünchKomm/HGB/*K. Schmidt* (Fn. 17), § 139 Rn. 12, 13; *H.P. Westermann*, in: *Westermann/Wertenbruch* (Fn. 2), Rn. I 1231.
- ⁹³ Dagegen allerdings BGH, NJW 1981, 1956; *Erman/Schlüter* (Fn. 39), § 2325 Rn. 1, abweichend MünchKomm/BGB/*Frank*, 3. Aufl., 1997, § 2325 Rn. 16t.
- ⁹⁴ v. *Morgen*, in: Groll, Praxis Handbuch zur Erbrechtsberatung, 2001, Abschn. C IV Rn. 203.
- ⁹⁵ RG, JW 1938, 2972; zum Ausstattungsbegriff *Erman/Schlüter* (Fn. 39), § 2050 Rn. 6, 8; v. *Morgen*, aaO., Rn. 206.
- ⁹⁶ BGH, ZEV 2010, 33; anders *Leipold*, ZEV 2010, 35; *Erman/Schlüter* (Fn. 39), § 2250 Rn. 12.
- ⁹⁷ Zum Gewicht dieser Frage *Steiner*, in: Groll (Fn. 3) Abschn. B I Rn. 27.
- ⁹⁸ Einer der Vorteile einer sorgfältig im Voraus geplanten vorweggenommenen Erbfolge kann darin bestehen, die aus § 2306 folgenden Unsicherheiten ein wenig zu beherrschen, v. *Dickhuth-Harrach* (Fn. 3), Rn. 3.
- ⁹⁹ Hierzu und zu möglichen Reformen *Rösler*, in: Groll (Fn. 3), Abschn. C VI Rn. 183; zur Unterscheidung von Anrechnungspflicht gem. § 2315 und Ausgleichspflicht gem. § 2316 *Erman/Schlüter* (Fn. 39) § 2315 Rn. 1; MünchKomm/BGB/*Lange*, 5. Aufl., 2010, § 2315 Rn. 11 ff., § 2316 Rn. 9 ff., 20 ff.

- ¹⁰⁰ Urteil vom 27.10.2010, NJW 2010, 2977 = ZEV 2010, 190 mit Anm. *Keim* = FamRZ 2010, 640 mit Anm. *Löhning* = JZ 2010, 741 mit Anm. *Kroppenberg*.
- ¹⁰¹ Ähnliche Berechnung schon vor Erlass des BGH-Urteils bei *Rösler*, in: Groll (Fn. 3), Abschn. C IV Rn. 185; stärker ausdifferenziert bei *Erman/Schlüter* (Fn. 39), § 2315 Rn. 1.
- ¹⁰² So auch OLG Schleswig, ErbR 2008, 329 und *Pastewski*, ebenda, S. 331.
- ¹⁰³ OLG Düsseldorf, ZEV 1994, 173; MünchKomm/BGB/*Lange* (Fn. 99), § 2315 Rn. 6; weitere Auslegungshinweise bei *Sostmann*, MittRheinNotK 1976, 479 ff.
- ¹⁰⁴ In diesem Sinne schon einmal RG, JW 1925, 2124.
- ¹⁰⁵ MünchKomm/BGB/*Lange* (Fn. 99), § 2316 Rn. 12.
- ¹⁰⁶ Beispiele mit Zahlenkolonnen bei *Rösler*, in: Groll (Fn. 3), Rn. 189, 190.
- ¹⁰⁷ Dazu BGH, NJW 1997, 2676 (zur Irrelevanz einer Missbrauchsabsicht).
- ¹⁰⁸ RGZ 80, 135; MünchKomm/BGB/*Lange* (Fn. 99), § 2325 Rn. 11; *Erman/Schlüter* (Fn. 39), § 2325 Rn. 1.
- ¹⁰⁹ RG, JW 1938, 2201; *Sostmann*, MittRheinNotK 1976, 479, S. 507 f.; MünchKomm/BGB/*Lange* (Fn. 99), § 2325 Rn. 28; *Erman/Schlüter* (Fn. 39), § 2325 Rn. 1.
- ¹¹⁰ Näher dazu v. *Dickhuth-Harrach* (Fn. 3), § 55 Rn. 38, 39.
- ¹¹¹ BGHZ 125, 395 JZ 1994, 1121 mit Anm. *Leipold*; näher auch MünchKomm/BGB/*Lange* (Fn. 99), § 2325 Rn. 38.

Pflichtteilsverzichtsverträge

JÖRG MAYER¹

I. Einleitung: Die Pflichtteilsproblematik bei der Vermögensnachfolge exemplarisch aufgezeigt für die Unternehmensnachfolge

1. Die Regelungsziele bei der Unternehmensnachfolge im Überblick

Da sich dieses *Symposium* schwerpunktmäßig mit den Familienunternehmen und ihren Verträgen beschäftigt, soll die Problematik, die das Pflichtteilsrecht für die Vermögensnachfolge aufwirft und was Pflichtteilsverzichtsverträge zur entsprechenden Problemlösung leisten können, exemplarisch an Hand der Unternehmensnachfolge dargestellt werden.

Die Gestaltung der richtigen Unternehmensnachfolge ist dabei eines der bedeutsamsten Aufgaben der Kautelarpraxis. Dabei sind für die Unternehmensnachfolge folgende Gestaltungsgrundsätze zu beachten²:

1. **Erhaltung und Fortführung des Unternehmens insgesamt und im Familienbesitz im Besonderen.** Hierzu gehört insbesondere die **Qualifikation** und richtige Auswahl des **Nachfolgers** sowie die **Sicherung der Unternehmenskontinuität** durch Schaffung der personellen und sachlichen Voraussetzungen hierfür.

Desweiteren zählt dazu aber auch und vor allem die **Vermeidung** von **Liquiditätsbelastungen** durch

- **Pflichtteils- oder sonstige Ausgleichsansprüche** weichender Geschwister
 - **Steuern** infolge der Unternehmensnachfolge, insbesondere durch Ertragsteuern (Entnahme von Betriebsvermögen) und Erbschaftsteuer
2. Gerechte **Abfindung der „weichenden Erben“** mit Pflichtteilsregelung zur Vermeidung von Liquiditätsverlusten
 3. **Sicherung der Versorgung** des bisherigen Betriebsinhabers, des Ehegatten und evtl. auch des Übernehmers/Erben.

2. Der Pflichtteil als eines der Hauptprobleme der Unternehmensnachfolge

Aus dem vorstehenden ergibt sich bereits: Der Pflichtteil ist ein „erheblicher Störfaktor für die Unternehmensnachfolge“. Dies hat gerade erst *Honzen* in seiner von Prof. Dr. Knut Werner Lange betreuten Dissertation³ nochmals deutlich und eindrucksvoll aufgezeigt. Dies beruht auf zwei Umständen:

a) Das Problem der stichtagsbezogenen Bewertung des vererbten Unternehmen

Der eine Umstand ist das Problem der stichtagsbezogenen Bewertung des vererbten oder durch Rechtsgeschäft unter Lebenden übertragenen Unternehmens. Dabei geht es um das nicht pflichtteilsspezifische Problem der Unternehmensbewertung⁴, das sich etwa auch bei der **Erbschaftsteuer** stellt, wenn es um die Feststellung des der Besteuerung zugrunde zu legenden Wertes geht. Allenfalls bei börsenorientierten Kapitalgesellschaften kann durch die Heranziehung des mittleren, am Tag des Erbfalls geltenden Kurswertes eine nachvollziehbare und eindeutige Wertbestimmungen erfolgen. Ansonsten ist die Ermittlung des der Pflichtteilsberechnung zugrunde zu legenden Unternehmenswertes schwierig und mit zahlreichen Unsicherheiten belastet⁵. Dies war bereits dem historischen Gesetzgeber bekannt⁶.

Zur Lösung dieser Probleme könnte man daran denken, die in dem Bereich des Erbschaftsteuerrechts entwickelten Lösungsmöglichkeiten auch für das Pflichtteilsrecht und umgekehrt im Wege einer **problemübergreifenden Problemlösung** zu übernehmen und damit auch zu einer Vereinfachung zu kommen. Dabei muss jedoch beachtet werden, dass den beiden Rechtsgebieten teilweise ganz andere Bewertungsziele und Bewertungsannahmen zugrunde liegen.

Hinzukommen die Schwierigkeiten, die sich aus der **Stichtagsbezogenheit** des Pflichtteilsanspruchs ergeben (§ 2311 Abs. 1 S. 1 BGB). Nachträgliche Veränderungen im Wert wie aber auch Bestand des Nachlasses sind für die Bemessung des Pflichtteils grundsätzlich unbeachtlich⁷. Die im Rahmen der Unternehmensbewertung ganz überwiegend angewandte **Ertragswertmethode**⁸ beruht gerade auch auf einer

Prognoseentscheidung, die damit zu kollidieren scheint⁹, und führt dazu, dass zumindest nur solche Zukunftserwartungen berücksichtigt werden können, die bereits im Zeitpunkt des Erbfalls angelegt waren¹⁰.

b) Das Liquiditätsproblem

Hinzutritt das durch die Pflichtteilsbelastung entstehende Liquiditätsproblem. Dies beruht auf einer sachlichen wie zeitlichen Komponente:

a) Pflichtteilsanspruch und Bewertungsziel

In **sachlicher Hinsicht** entstehen aufgrund des Pflichtteils für den Erben als Pflichtteilsschuldner dadurch besondere Probleme, dass wegen der Erbersatzfunktion des Pflichtteilsanspruchs der Pflichtteilsberechtigte materiell-rechtlich so zu stellen ist, als wenn er am Nachlass in Höhe seines halben gesetzlichen Erbteils beteiligt und dieser Anteil sodann in Geld umgesetzt worden wäre¹¹.

Zur Erreichung dieses Bewertungsziels ist für die Bewertung des Nachlasses bei der Bemessung des Pflichtteils auf den wirklichen, also den wahren oder auch „gemeinen“ Wert abzustellen¹². Dies ist im Regelfall der Verkehrswert als der Preis, den man für den Nachlassgegenstand im gewöhnlichen Geschäftsverkehr unter normalen Marktbedingungen erzielen könnte¹³.

b) Die Fälligkeit des Pflichtteilsanspruchs

Der Pflichtteilsanspruch ist grundsätzlich mit dem Erbfall **sofort** zur Zahlung fällig (§ 2317 BGB). Die Möglichkeit, diesen nach § 2331a BGB durch gerichtliche Entscheidung stunden zu lassen, läuft in der Praxis weitgehend leer¹⁴. Hieran hat sich auch nach der Reform des Erbrechts im Jahre 2010 und der dadurch vorgenommenen Änderung der Stundungsvoraussetzungen nichts Wesentliches geändert¹⁵.

c) Rechtsformunabhängig

Die vorstehend aufgezeigten Probleme der Pflichtteilsbelastung bei der Unternehmensnachfolge bestehen unabhängig von der Rechtsform, in der das Unternehmen geführt wird¹⁶.

d) Die Vorstellung des historischen Gesetzgebers

Der historische Gesetzgeber ging bei der Schaffung des Pflichtteilsrechts des BGB demgegenüber von der Überlegung aus, dass durch die sofortige Barabfindung des Pflichtteilsberechtigten sich die Probleme für die eigentlichen Erben reduzieren würden. So heißt es: „*Im Ganzen pflege sich die Abfindung in Geld immer leichter und glatter zu erledigen als die Naturalteilung oder Liquidierung des Nachlasses auf Grund einer Gemeinschaft.*“¹⁷ Gerade bei einer dinglichen Beteiligung am Nachlass anstelle der Barabfindung sah man die Gefahr, dass Fabriken, größere Geschäfte und ähnliches nicht in ihrer Einheit erhalten werden können und daher deren Zersplitterung drohe¹⁸.

e) Das Ertragswertprivileg der Landwirtschaft

Nur im Bereich des in verschiedenen Bundesländern für landwirtschaftliche Betriebe noch geltenden Höfe- und Anerbenrechts¹⁹ und des klassischen Landgüterrechts des BGB (§ 2312 BGB) bestimmt sich der Pflichtteil nach dem Ertragswert des Unternehmens. Dies führt dazu, dass oftmals nur ein Zehntel oder noch weniger des Verkehrswerts der Pflichtteilsberechnung zugrunde zu legen sind²⁰.

f) Empfehlungen des Deutschen Juristentags

Der 68. Deutsche Juristentag in Berlin hat sich ausgehend von dem umfangreichen Gutachten von Frau Prof. Dr. Röthel kritisch mit der Frage beschäftigt, ob unser Erbrecht noch zeitgemäß ist. Die Gutachterin hat dabei zutreffender Weise die Frage aufgeworfen, inwieweit die **privilegierte Abfindung der weichenden Hoferben** gegenüber der wesentlich höheren Pflichtteilsbelastung bei einer Unternehmensnachfolge im gewerblichen Betrieb sachlich, aber auch verfassungsrechtlich unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung nach Art. 3 GG gerechtfertigt

ist²¹. Davon ausgehend empfahl der *Deutsche Juristentag* 2010 daher mit 71:4:12 Stimmen, dass landwirtschaftliche und sonstige Betriebe im Familienbesitz für die Bewertung des Pflichtteils gleichbehandelt werden sollen²².

g) Der Pflichtteil als eines der Hauptprobleme der Unternehmensnachfolge

Allerdings fehlen empirische Untersuchungen, die die quantitativen und qualitativen Auswirkungen der Pflichtteilsbelastung für die Unternehmenskontinuität belegen²³. Aber gerade wenn das Unternehmen an andere als Abkömmlinge des Erblassers übergeht, fließen über den Pflichtteil 50 % des Unternehmenswerts ab. Daher ist es unter den Praktikern und den praktisch orientierten Wissenschaftlern „*common sense*“, dass das Pflichtteil für den Unternehmenserben eine erhebliche Liquiditätsbelastung bewirkt²⁴. Die durch das BGB vorgegebene Kombination des grundsätzlich hohen Pflichtteils, der sich am gemeinen Wert orientiert, und der sofortigen Abfindungsverpflichtung in Geld bei Eintritt des Erbfalls führt daher bereits systemimmanent zu einer potenziell hohen Liquiditätsbelastung und widerspricht in seinen praktischen Auswirkungen damit den Intentionen des historischen Gesetzgebers²⁵.

c) Effektivste Möglichkeit zur Pflichtteilsvermeidung: Der Pflichtteilsverzicht

Je nach dem Standpunkt, den man vertritt, muss man mit Genugtuung oder Bedauern feststellen, dass es verschiedene Möglichkeiten gibt, den gesetzlichen Pflichtteil, der zumindest für die Abkömmlinge als Mindestteilhabe am Nachlass verfassungsrechtlich durch die Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 GG gewährleistet ist²⁶, einzuschränken. Es bestehen zahlreiche „Schleichwege am Erbrecht vorbei“²⁷. Insbesondere die vorweggenommene Erbfolge ermöglicht solche im besonderen Maße, da der Pflichtteilsergänzungsanspruch des § 2325 BGB dem Pflichtteilsberechtigten nur einen beschränkten Schutz gegen lebzeitige Übertragungen bietet²⁸.

Es gibt ein umfangreiches Angebot von Möglichkeiten, wie man die Pflichtteilsansprüche reduzieren und vermeiden kann. Der Markt für

entsprechende Veröffentlichungen²⁹ und Seminare „blüht“. Aber wie überall ist es auch hier: Nicht immer halten die vollmundigen Verheißungen das, was sie versprechen.

Die **effektivste Möglichkeit**, den Pflichtteil als Störfaktor der vorweggenommenen Erbfolge zu beseitigen, bildet ein umfassender Pflichtteilsverzicht oder ein Erbverzicht, denn auch letzter umfasst i.d.R. den gesetzlichen Pflichtteil als grundsätzlich einseitig nicht entziehbare Nachlassbeteiligung³⁰. Ein derartiger Verzicht ermöglicht den rechtssichersten und vollständigsten Ausschluss des gesetzlichen Pflichtteils. Er ist demnach der zielführendste Weg zur Vermeidung der durch den Pflichtteil bewirkten Liquiditäts- und sonstigen Belastungen³¹.

Dadurch wird Planungssicherheit für den Erblasser, aber auch für den Übernehmer des Vermögens geschaffen und ihr Wunsch, die Fortführung des Unternehmens zu sichern, dadurch erleichtert. Wird auch der verzichtende Pflichtteilsberechtigte in kommunikativer Weise in die Verhandlungen einbezogen, so kann dadurch eine innerfamiliäre Befriedung erreicht und es können langjährige Gerichtsstreitigkeiten vermieden werden. Allerdings wird der Pflichtteilsberechtigte regelmäßig für seinen Pflichtteilsverzicht eine Abfindung verlangen. Man spricht hier von einem **entgeltlichen Erb- oder Pflichtteilsverzicht**³². Dieser führt wieder zu einer Liquiditätsbelastung des Unternehmens. Allerdings bleiben die Abfindungsleistungen im Allgemeinen erheblich unter dem, was im Erbfall aufgrund des Pflichtteils verlangt werden könnte. Auch kann etwa über die Einräumung einer **stillen Beteiligung** an dem Unternehmen eine für beide Seiten interessengerechte Lösung angestrebt werden.

Andererseits hat der Verzichtende den Vorteil, dass er weit früher über entsprechende Beträge verfügen und sich damit eine eigene wirtschaftliche Existenz aufbauen oder sichern kann.

II. Der Pflichtteilsverzicht – Überblick

1. Grundsätzliches zum Erbverzicht

Nach § 2346 Abs. 1 S. 1 BGB können Verwandte, der Ehegatte und

eingetragene Lebenspartner des Erblassers durch einen Vertrag mit dem Erblasser auf ihr **gesetzliches Erbrecht** verzichten. Dadurch tritt die sog. „Vorversterbensfiktion“ ein: Denn damit ist der Verzichtende von der gesetzlichen Erbfolge so ausgeschlossen, wie wenn er zur Zeit des Erbfalls nicht mehr lebte.

Auch wenn der Erbverzicht somit grundsätzlich den Verzicht auf den Pflichtteil mit enthält, sollte er nach Möglichkeit vermieden werden³³. Denn er führt zur **Erhöhung** des Erb- und damit auch **Pflichtteils der anderen** (§ 2310 S. 2 BGB), was meist nicht gewollt ist, ja oftmals geradezu **kontraproduktiv** für die Nachlassplanung wirken kann. Über die sich aus dem Erbverzicht ergebende Erhöhung der Erb- und Pflichtteilsquoten der anderen Berechtigten hat der Notar oder sonstige Rechtsberater zur Vermeidung seiner Haftung zu belehren. Wollen die Beteiligten trotzdem den Erbverzicht, etwa zur Vermeidung einer enterbenden Verfügung von Todes wegen des Verzichtenden, so ist er in seinen Wirkungen entsprechend der gesetzlichen Auslegungsregel des § 2350 Abs. 2 BGB ausdrücklich zu beschränken; diese Klarstellung ist erforderlich, da sonst zunächst im Wege der individuellen Auslegung zu prüfen wäre, ob die relative Wirkung nur zu Gunsten der anderen Abkömmlinge und des Ehegatten des Erblassers auch im Einzelfall konkret gewollt war.

Demgegenüber ist **Gegenstand des Pflichtteilsverzichts** allein das gesetzliche Pflichtteilsrecht, und zwar auch in seinen Erscheinungsformen, s. dazu auch II.5.c. Er führt nicht zu einer Erhöhung des Erb- und Pflichtteilsrechts anderer, da § 2310 S. 2 BGB auf ihn nicht anwendbar ist³⁴.

2. Auswahl Erbverzicht oder Pflichtteilsverzicht

Für die Auswahlentscheidung zwischen beiden Verzichtsformen ergibt sich danach³⁵: Der Pflichtteilsverzicht beseitigt zwar das Pflichtteilsrecht, ändert aber die gesetzliche Erbfolge nicht. Daher ist hier eine zusätzliche Verfügung von Todes wegen erforderlich um zu verhindern, dass der Verzichtende nicht doch noch gesetzlicher Erbe des Erblassers wird. Daneben hat der Pflichtteilsverzicht durchaus auch noch andere, u.U. nicht gewollte Nebenwirkungen (s. III.1). Demgegenüber bewirkt der

Erbverzicht eine irreparable Erhöhung des Pflichtteils der anderen Pflichtteilsberechtigten. Dieser Nachteil ist im Allgemeinen nicht gewollt, so dass im Regelfall der Erbverzicht vermieden werden sollte.

Es gilt daher idR: Auf den Erbverzicht verzichte.

3. Checkliste

Für die praktische Arbeit aber auch zur besseren Übersicht kann die folgende Checkliste³⁶ hilfreich sein:

1. **Auswahl** Erbverzicht oder Pflichtteilsverzicht

- Regelmäßig der Pflichtteilsverzicht, vgl. II.2.

2. **Gegenstand des Verzichts:**

- *Erbverzicht:* gesetzliches Erbrecht, evtl. nur Quote hiervon; Verzicht auf Zuwendung ist Zuwendungsverzicht nach § 2325 BGB; gegenständliche Beschränkung ist nicht möglich!
- *Pflichtteilsverzicht:* ganz oder beschränkt, und zwar quotal, gegenständlich oder auch nur bezüglich Pflichtteilsergänzungsanspruch möglich

3. **Kausalgeschäft**

- unentgeltlich
- entgeltlich:
 - Abfindung durch wen?
 - Sicherung der Abfindungserbringung: entsprechend aufschiebend/auflösend bedingter Verzicht oder Rücktrittsrecht vom Grundgeschäft

4. **Formfragen**

- notarielle Beurkundung (§ 2348 BGB) – auch für das Kausalgeschäft
- Sukzessive Beurkundung durch Angebot und Annahme möglich
- grds. keine Vertretung des Erblassers (§ 2347 Abs. 2 S. 1 BGB, Ausnahme bei fehlender Geschäftsfähigkeit), des Verzichtenden möglich
- Verzicht muss noch zu Lebzeiten des Erblassers wirksam werden

5. **Fernwirkungen** des Verzichts

- Erstreckung auf Abkömmlinge (§ 2349 BGB)
- keine Erstreckung des Erbverzichts auf Zuwendungen durch Verfügungen von Todes wegen
- keine Erstreckung auf Zugewinnausgleichsansprüche nach den §§ 1371 Abs. 2,

1373 ff. BGB

führt nach h.M. zum Erlöschen des nahehelichen Unterhaltsanspruchs gegen die Erben des Unterhaltsschuldners (§ 1586b BGB)

4. Der umfassende Pflichtteilsverzicht

a) Grundsätzliches

Der Pflichtteilsverzicht hat zur Folge, dass dem Verzichtenden im Erbfall keine aus dem Pflichtteilsrecht entstehenden Ansprüche mehr zustehen. Er lässt jedoch das gesetzliche Erbrecht unberührt. Er bedarf der notariellen Beurkundung (§§ 2348, 2346 Abs. 2 BGB) und wird vom Verzichtenden gegenüber dem (künftigen) Erblasser erklärt: dabei ist die persönliche Anwesenheit des Erblassers erforderlich, also seine **Vertretung nicht möglich** (§ 2347 Abs. 2 S. 1 BGB). Nur wenn der Erblasser geschäftsunfähig ist, kann der Vertrag ausnahmsweise durch den gesetzlichen Vertreter geschlossen werden (§ 2347 Abs. 2 S. 2 BGB); die Notwendigkeit der Erholung einer familiengerichtlichen Genehmigung bestimmt sich nach § 2347 Abs. 1 BGB.

Der Pflichtteilsverzicht kann durch **Angebot** und Annahme erklärt werden (§ 128 BGB). Auch kann sich der Verzichtende vertreten lassen, und zwar sogar formlos (§ 167 Abs. 2 BGB). Allerdings ist es nach der Rechtsprechung des BGH erforderlich, dass der **Verzicht noch zu Lebzeiten des Erblassers wirksam** wird, also insbesondere das Angebot noch vor Eintritt des Erbfalls in der erforderlichen Form angenommen wird³⁷:

Der Pflichtteilsverzicht selbst ist bereits eine zulässige Beschränkung des Erbverzichts (§ 2346 Abs. 2 BGB). Wenn im Einzelfall nichts anderes abweichend vereinbart ist, **umfasst** Pflichtteilsverzicht **auch** den **Pflichtteilsrestanspruch** nach den §§ 2305, 2307 BGB³⁸ und den **Pflichtteilsergänzungsanspruch** nach §§ 2325 ff. BGB³⁹.

Eine unliebsame Nebenfolge des Pflichtteilsverzichts ist, dass er zugleich die **Berufung** auf die **Verteidigungsrechte** nach §§ 2306, 2318 Abs. 2, 2319 und 2328 BGB **ausschließt**, vgl. dazu III.1.b)dd).

b) Entgeltlicher Pflichtteilsverzicht

Erfolgt der Pflichtteilsverzicht im Hinblick darauf, dass an den Verzichtenden eine Abfindung erbracht werden soll, so spricht man von einem „entgeltlichen Pflichtteilsverzicht“, vgl. dazu bereits oben I.2.c).

a) Schuldrechtliches Grundgeschäft

Der Pflichtteilsverzicht ist ein reines Verfügungsgeschäft. Ihm liegt ebenso wie dem Erbverzicht regelmäßig ein entsprechendes **schuldrechtliches Verpflichtungsgeschäft** zugrunde, wenn er gegen Abfindung erklärt wird. Dieses Kausalgeschäft bedarf der **gleichen Form** wie der Verzicht als Erfüllungsgeschäft⁴⁰. Durch dieses wird ein synallagmatischer Zusammenhang zwischen Abfindungsleistung und Verzichtserklärung begründet, so dass auf Leistungsstörungen die Bestimmungen über schuldrechtliche Verträge, insbesondere die §§ 320 ff. BGB anwendbar sind⁴¹. Zwischen beiden Rechtsgeschäften kann aber auch nur ein bloßer *Bedingungszusammenhang* bestehen (§ 158 BGB).

b) Möglichkeiten der Absicherungen - Überblick

Um den Verzichtenden vor einer **ungesicherten Vorleistung** zu bewahren, ist es erforderlich, für eine entsprechende Absicherung zu sorgen. Hierfür kommen insbesondere bei Geldleistungen eine notariell zu beurkundende **Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung** (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO) in Betracht, u.U. auch eine Absicherung über eine Hypothek oder **Sicherungsgrundschuld**. Letzteres ist gerade bei langfristigen Zahlungsversprechen zu anzuraten; dabei ist besonders auch die Rangstelle des Grundpfandrechts wichtig. Weiter kann auch eine **Bedingung** vereinbart werden, durch welche die Abfindungsverpflichtung mit dem (für sich gesehen) abstrakten Pflichtteilsverzicht gekoppelt wird⁴².

Die Bedingungslösung hat aber auch **Nachteile**. Zu nennen sind dabei⁴³ vor allem, dass der **Nachweis der Leistungserbringung** Schwierigkeiten bereiten kann. Jedoch ist dieser von großer praktischer Bedeutung, denn bis zur Erfüllung der Abfindungsleistung gilt die aufschiebende Bedingung

als noch nicht eingetreten. Noch schwieriger ist der Nachweis der „negativen Tatsache“ der nicht fristgerechten Leistungserbringung bei einer auflösenden Bedingung. Zudem wird nicht selten später **auf einen Teil** der Abfindung verzichtet; dann kann aber die Wirksamkeit des Verzichts nur eintreten, wenn die Verzichtserklärung in notarieller Form entsprechend angepasst wird. Probleme bereitet auch die Frage, wie **Teilleistungen** zu behandeln sind. Hier sollte vereinbart werden, dass diese wenigstens auf den Pflichtteil angerechnet werden (§ 2315 BGB), was insbesondere dann wichtig ist, wenn die gesamte Abfindungsleistung nicht erbracht wird.

c) Bedingter Pflichtteilsverzicht

Umstritten ist, ob der **Bedingungseintritt** auch **nach** dem plötzlichen **Tod des Erblassers** noch eintreten kann. Gerade beim **Erbverzicht** erscheint dies nicht unproblematisch, da dann im Erbfall der Verzicht noch nicht wirksam ist und damit in die Erbfolge Unsicherheit hineingetragen wird. Jedoch lässt sich dies dadurch lösen, dass man einen Fall einer konstruktiven Vor- und Nacherbschaft annimmt: Bis zum Eintritt der aufschiebenden Bedingung, ist der Verzichtende Vorerbe und der, dem der Erbverzicht zu Gute kommt, Nacherbe. Daher bejaht die h.M. mittlerweile die Möglichkeit eines Bedingungseintritts auch nach dem Eintritt des Erbfalls⁴⁴.

Selbst wenn man sich dieser nunmehr h.M. zumindest beim Pflichtteilsverzicht anschließt, so drohen dem bedingten Pflichtteilsverzicht als sinnvoller Gestaltung zur Sicherung der Abfindungserbringung u.U. Gefahren aus der neueren Rspr. des BGH, wonach ein Angebot auf Abschluss eines Pflichtteilsverzichts nur zu Lebzeiten des Erblassers angenommen werden kann⁴⁵. Jedoch wird man die in dieser Entscheidung entwickelte Auffassung nicht auf unser Problem übertragen können: Selbst wenn man dem BGH folgt, ergeben sich für die Praxis aus einem aufschiebend bedingten Pflichtteilsverzicht keine unüberwindlichen Gefahren: Zwar wirkt nach dem Konzept des BGB ein Bedingungseintritt nicht dinglich wirksam auf den Erbfall zurück⁴⁶; jedoch verpflichtet § 159 BGB die Vertragsteile sich gegenseitig dann so zustellen, wie wenn diese Wirkungen bereits mit dem Erbfall

eingetreten wären. Sie müssen daher (rückwirkend) den (bereits entstandenen) Pflichtteilsanspruch nach § 397 BGB erlassen. Der Unterschied besteht darin, dass – anders als in dem vom BGH entschiedenen Fall der verspäteten Annahme – bereits eine zunächst bindende vertragliche Verpflichtung vorliegt, und zwar zumindest aus dem dem Pflichtteilsverzicht zugrunde liegenden Kausalgeschäft.

Alternativ wird zur Problemlösung auch vorgeschlagen, den Pflichtteilsverzicht **auflösend bedingt** durch die nicht fristgerechte Erbringung der Abfindungsleistung zu vereinbaren⁴⁷. Dies führt aber zu den bereits genannten Beweisproblemen. Hier müsste eine vertragliche Beweiserleichterung vereinbart werden. Aber auf alle Fälle würde sich an dem grundsätzlichen Problem nichts ändern: Sieht man mit dem BGH im Erbfall eine Zäsur, die den wesensmäßigen Unterschied zwischen Pflichtteilsrecht und Pflichtteilsanspruch bewirkt, so gibt es nach Eintritt der auflösenden Bedingung nach dem Erbfall kein Pflichtteilsrecht mehr; eine dinglich wirkende Rückwirkung gibt es nach dem Konzept des BGB nicht. Auch hier hilft dann nur die bereits oben entwickelte schuldrechtliche Verpflichtung, dem Verzichtenden durch Zubilligung eines schuldrechtlichen Anspruchs in Höhe seines Pflichtteils einen angemessenen Ausgleich zu gewähren.

d) Rücktrittsvorbehalt

Ein **Rücktrittsvorbehalt** zur Sicherung der Abfindungsverpflichtung ist wegen der abstrakten Natur des Erbverzichts bezüglich des unmittelbar verfügend wirkenden Verzichts nach h.M. nicht möglich⁴⁸, wohl aber bezüglich des schuldrechtlichen Kausalgeschäfts⁴⁹.

e) Anpassung bei veränderten Umständen

Probleme können sich daraus ergeben, wenn zwischen der Vereinbarung des entgeltlichen Pflichtteilsverzichts und dem Eintritt des Erbfalls eine wesentliche Vermehrung des Vermögens des Erblassers und damit ein wesentlich größerer Nachlass eintritt. Der Verzichtende wird sich mitunter dann darauf berufen, dass die vereinbarte Abfindung zu niedrig bemessen wäre. Jedoch ist hierzu zum einen zu beachten, dass ein entgeltlicher

Erbund Pflichtteilsverzicht ohnehin ein **Wagnisgeschäft** ist, weil sich bei seinem Abschluss ohnehin nie genau voraussagen lässt, wie die Vermögens- und Wertverhältnisse im Erbfall sein werden. Aber auch dann, wenn ausnahmsweise die Rspr. diesen Einwand zulässt, führt dies nicht zur Unwirksamkeit des eigentlichen Verzichts als abstraktes Verfügungsgeschäft. Vielmehr erfolgt eine Anpassung des Kausalgeschäfts nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB nF)⁵⁰. Daher kann eine klarstellende Vereinbarung angezeigt sein, dass der Pflichtteilsverzicht unabhängig von der weiteren Entwicklung der Vermögensverhältnisse des Erblassers erfolgt.

5. Der beschränkte Pflichtteilsverzicht

a) Problemstellung

In der Praxis finden sich häufig beschränkte Pflichtteilsverzichte. Ein häufiger Fall ist, dass bei der vorweggenommenen Erbfolge die anderen Pflichtteilsberechtigten eine angemessene, auf den übertragenen Vermögenswert bezogene Abfindung erhalten. Dann wollen sie aber hinsichtlich des übrigen Vermögens der Erblasser noch ihren Pflichtteil behalten. Dies ist eines der typischen Fälle für die Vereinbarung eines beschränkten Pflichtteilsverzichts, nämlich des gegenständlich beschränkten, der sich nur auf das Zuwendungsobjekt bezieht. So kann einerseits die Unternehmensnachfolge vor Liquiditätsbelastungen durch den Pflichtteil geschützt, andererseits aber der Pflichtteil des Verzichtenden am Restvermögen des Erblassers erhalten werden.

b) Zulässigkeit und Zweckmäßigkeit

Da der Pflichtteilsanspruch ein reiner Geldanspruch ist (§§ 2303 Abs. 1 S. 2, 2317 BGB), wird eine **Beschränkung** des Pflichtteilsverzichts in jeder Weise für möglich gehalten, in der auch auf eine Geldforderung verzichtet werden kann. Der Pflichtteilsverzicht kann daher - anders als der Erbverzicht - nahezu beliebig beschränkt werden, insbesondere auch nur bezüglich bestimmter künftiger Nachlassgegenstände abgegeben werden⁵¹.

Obwohl Rechtsprechung zur Zulässigkeit beschränkter Pflichtteilsverzichte fehlt, werden solche beschränkten Pflichtteilsverzichte allgemein für wirksam gehalten⁵². Sie beziehen sich nicht nur auf den realen Nachlass, sondern auch und gerade auf den **fiktiven Nachlass**, also auch auf den Pflichtteilsergänzungsanspruch und den Ausgleichspflichtteil (§ 2316 BGB)⁵³.

Der beschränkte Pflichtteilsverzicht ermöglicht eine genaue Anpassung an die konkreten Verhältnisse, also einen „**Pflichtteilsverzicht nach Maß**“⁵⁴. Er ist eine ganz wichtige flankierende Maßnahme bei der vorweggenommenen Erbfolge und führt zu einer u.U. ganz erheblichen Erweiterung der wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit des Erblassers⁵⁵.

Er findet aber nicht nur hinsichtlich der weichenenden Geschwister in der Praxis Verwendung, sondern mitunter auch gegenüber dem Zuwendungsempfänger selbst: So greift etwa eine Anrechnungsbestimmung (§ 2315 BGB) nicht bezüglich der Pflichtteilsrechte, die dem Erwerber gegenüber dem Nachlass des Ehegatten des Zuwendenden zustehen, weil hier von einem „engen Erblasserbegriff“ auszugehen ist und damit gilt: Nur der Schenker ist der Erblasser iS des § 2315 BGB. Zudem kann bei der Anrechnung höchstens nur der – oftmals aber nicht genau bekannte – Zuwendungswert iS von § 2315 Abs. 2 BGB in Ansatz gebracht werden. Demgegenüber können durch einen beschränkten Pflichtteilsverzicht feste Werte für die Anrechnung vereinbart werden.

c) Die Arten der beschränkten Pflichtteilsverzichte im Überblick

Nach ganz überwiegender Meinung kann Gegenstand eines beschränkten Pflichtteilsverzichts sein⁵⁶:

- ein **Bruchteil** des ideellen Pflichtteils;
- der **Pflichtteilsrestanspruch** nach den §§ 2305 (bei Erbeinsetzung), 2307 BGB (Vermächtnis);
- der **Pflichtteilsergänzungsanspruch** nach §§ 2325 ff. BGB, was aber den Ausgleichspflichtteil (§ 2316 BGB), der auch durch die lebzeitige Zuwendung entstehen kann, unberührt lässt, da es sich beim Pflichtteilsergänzungsanspruch um eine besondere Form des Pflichtteilsanspruchs handelt;

- bei einem sog. **gegenständlich beschränkter Pflichtteilsverzicht**, dass ein bestimmter Gegenstand oder auch Sachinbegriff des Nachlasses (etwa ein bestimmter Betrieb, privilegierter Erwerb eines Ehegatten iS von § 1374 Abs. 2 BGB) bei der späteren Berechnung des Pflichtteilsanspruchs wertmäßig als nicht zum Nachlass gehörend anzusehen ist. Dies ist nach ganz h. M. möglich⁵⁷. Gerade bei der Sicherung der **Unternehmensnachfolge** ist dies ein ganz wichtiges Gestaltungsmittel⁵⁸. Dabei sind auch die **Verbindlichkeiten** von der Berechnung des Pflichtteils auszunehmen, die den vom Pflichtteil ausgeklammerten Gegenstand betreffen, um eine Verzerrung der Wertverhältnisse zu verhindern⁵⁹. Daher wird auch aus gutem Grund bei der Vereinbarung einer modifizierten Zugewinnngemeinschaft so verfahren, dass auch die Verbindlichkeiten des vom Ausgleich ausgenommenen Vermögens nicht in den Zugewinnausgleich einbezogen werden dürfen⁶⁰.
- die Festlegung eines bestimmten **Bewertungsverfahrens** für den Pflichtteil, wodurch sich für die Wertbestimmung gegenüber dem sonst zu ermittelnden Wert (§§ 2311, 2312 BGB) ein für den Pflichtteilsberechtigten ungünstiger ergibt. So könnte etwa festgelegt werden, dass eine Gesellschaftsbeteiligung nur mit dem Buchwert anzusetzen ist⁶¹. Da § 2311 Abs. 2 S. 2 BGB nur einseitige Festlegungen durch den Erblasser verbietet, steht diese Norm dieser Gestaltung nicht entgegen⁶²;
- die Beschränkung auf einen bestimmten **Höchstbetrag**. Hier ist allerdings immer an die Notwendigkeit einer Wertsicherungsklausel zu denken;
- die **Hinnahme von Beschränkungen** und Beschwerden i.S.v. § 2306 BGB, wodurch bewirkt wird, dass § 2306 BGB nicht gilt⁶³.
- eine nachträgliche **Anrechnung** einer bislang nicht anrechnungspflichtigen Zuwendung auf den Pflichtteil⁶⁴, etwa wenn die erforderliche Anrechnungsbestimmung nicht spätestens im Zeitpunkt der Zuwendung dem Empfänger gegenüber erklärt wurde, oder die Begründung einer Anrechnungspflicht für die von einem Dritten stammende Zuwendung⁶⁵;
- Vereinbarung über die **Stundung** oder die Ratenzahlung des späteren Pflichtteilsanspruchs⁶⁶;
- **Herausnahme** bislang **ausgleichspflichtiger Zuwendungen** (§ 2316 BGB) an andere Abkömmlinge aus der Pflichtteilsberechnung; denn wegen der zwingend eintretenden Auswirkungen einer ausgleichspflichtigen Zuwendung auf das Pflichtteilsrecht (§ 2316 Abs. 3 BGB) kann die sich aus einer Ausgleichspflicht nach § 2050 BGB für die anderen Pflichtteilsberechtigten ergebende Erhöhung nicht einseitig wieder vom Erblasser beseitigt werden⁶⁷.

d) Einige Hinweise auf wichtige Fallgruppen

Zur Veranschaulichung soll auf einige in der Praxis besonders bedeutsame Fälle hingewiesen werden, in denen der beschränkte Pflichtteilsverzicht erklärt werden sollte:

- Übertragung von wertvolleren Zuwendungen im Wege der **vorweggenommenen Erbfolge**, so etwa bei Immobilien und bei der Unternehmensnachfolge⁶⁸;
- **vorsorglich abgegebener Pflichtteilsverzicht**, gerade im Rahmen eines Ehevertrags, etwa eines „Jungunternehmers“, bei dem nicht bei der rein güterrechtlichen Regelung stehen geblieben werden darf, sondern auch der Pflichtteil als Störfaktor mit einkalkuliert werden sollte⁶⁹;
- der **beschränkte Pflichtteilsverzicht des Ehegatten des Schenkers**: Auch der Ehegatte des Zuwendenden hat einen Pflichtteilsergänzungsanspruch, der dann später geltend gemacht werden kann, etwa wenn sich die Beziehungen verschlechtern, aber auch, wenn der noch nicht verjährte Ergänzungsanspruch auf andere im Wege der Erbfolge übergeht oder gar auf einen Sozialhilfeträger übergeleitet wird⁷⁰. Sind beide Elternteile Zuwendende, so ist der Verzicht wechselseitig zu erklären. Allerdings löst dieser beschränkte Pflichtteilsverzicht des Ehegatten zusätzliche Kosten aus, wobei der Wert nach § 30 Abs. 1 KostO zu schätzen ist.
- der Pflichtteilsverzicht nur **gegenüber dem erstversterbenden Elternteil**. Dies ist insbesondere dann zu überlegen, wenn die Eltern die Form des Berliner Testaments (§ 2269 BGB) gewählt haben. Denn dann ist der überlebende Elternteil vor Pflichtteilsansprüchen zu schützen, die den Abkömmlingen selbst dann im ersten Erbfall zustehen, wenn sie als Schlusserben eingesetzt sind. Die beste Vorsorge ist es, wenn die Abkömmlinge hinsichtlich des Nachlasses des erstversterbenden Elternteils auf ihr gesetzliches Pflichtteilsrecht verzichten. Dies ist jeder der gängigen Pflichtteilklauseln vorzuziehen⁷¹. Aber auch hier gibt es einige Probleme, die bisher wenig bedacht wurden⁷².
- Auch **Vereinbarungen zur Bewertung** können mitunter im Bereich der Unternehmensnachfolge sinnvoll sein, durch welche die Höhe des Pflichtteils im bestimmten Umfang (dann aber an Wertsicherung denken) oder bestimmte verbindliche Berechnungs- und Wertermittlungsverfahren festgelegt werden; so kann etwa dadurch die strittige Frage geklärt werden, dass bei der Unternehmensbewertung nur der Ertragswert und nicht auch ein u.U. höherer Substanzwert angesetzt wird⁷³.
- auch die **Festlegung** eines auch für den Pflichtteilsberechtigten verbindlichen **Schiedsgutachters** oder **Schiedsgerichts** kann sich durch eine solche Vereinbarung empfehlen, da umstritten ist, ob dies durch eine nur einseitige Anordnung des Erblassers wegen der zwingenden Bestimmung des § 2306 Abs. 1 BGB möglich ist⁷⁴.

III. Weitere Probleme des Pflichtteilsverzichts

1. Unliebsame Nebenwirkungen des Pflichtteilsverzichts⁷⁵

Aber auch der Pflichtteilsverzicht hat unangenehme Nebenwirkungen, die nicht übersehen werden dürfen.

a) Erb- oder Pflichtteilsverzicht

Bereits oben wurde darauf hingewiesen, dass grundsätzlich dem Pflichtteilsverzicht der Vorgang gegeben werden sollte, dazu II.2.

b) Unliebsame Nebenwirkungen des Pflichtteilsverzichts – Einzelfälle

a) Die vergessene Enterbung des Verzichtenden

Der Pflichtteilsverzicht lässt das **gesetzliche Erbrecht** des Verzichtenden **unberührt**⁷⁶. Daher ist der Verzichtende erst dann von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen, wenn der Erblasser entsprechend abweichend testiert oder im Wege der vorweggenommenen Erbfolge sein übriges Vermögen überträgt⁷⁷. Die bei einem entgeltlichen Pflichtteilsverzicht gegen entsprechende Zuwendung an den Pflichtteilsberechtigten eintretende, i.d.R. nicht gewollte Doppelbegünstigung des Verzichtenden kann zwar relativ einfach dadurch beseitigt werden, dass der Erblasser eine entsprechende Verfügung von Todes wegen errichtet. Die Praxis zeigt allerdings leider, dass eine entsprechende Gestaltung mitunter vergessen wird. Dagegen sollte eine **Ausgleichsordnung** nach § 2050 Abs. 3 BGB vermieden werden, weil diese wieder den Pflichtteil der anderen Abkömmlinge nach § 2316 BGB erhöht, und zwar wegen § 2316 Abs. 3 BGB i.d.R. irreparabel⁷⁸, wenn diese nicht auf die dadurch bedingte Erhöhung ihres Ausgleichspflichtteils in der Form eines beschränkten Pflichtteilsverzichts verzichten oder bei einzelnen von ihnen Gründe für eine Pflichtteilsentziehung vorliegen.

b) Der vergessene Zugewinnausgleich bei der güterrechtlichen Lösung

Leben Ehegatten im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft, so greift ein reiner Pflichtteilsverzicht des einen Ehepartners zu kurz, wenn dieser weder Erbe noch Vermächtnisnehmer wird. Denn dann steht ihm gem. § 1371 Abs. 2 BGB auch im Erbfall ein Ausgleichsanspruch nach den güterrechtlichen Grundsätzen der §§ 1373 bis 1383, 1390 BGB zu. Dies kann zu einer enormen Belastung des Nachlasses führen.

Denn der Pflichtteil, auf den ausdrücklich verzichtet wurde, berechnet sich erst nach Abzug der Zugewinnausgleichsforderung⁷⁹. Bei der Zugewinnngemeinschaftsehe ist daher auch im Rahmen einer vorsorgenden Vereinbarung ein „Muss“, dass für den Erbfall auch auf den Zugewinnausgleichsanspruch verzichtet wird⁸⁰. Formulierungsvorschläge hierfür sind allerdings selten⁸¹, was zeigt, dass das Problem völlig unterschätzt wird.

c) Unliebsame unterhaltsrechtliche Folgen

Noch am häufigsten diskutiert wird, welche nachteiligen unterhaltsrechtlichen Folgen ein Pflichtteilsverzicht hat, wobei das entsprechend auch für einen Erbverzicht gilt.

Die Probleme beruhen auf der Bestimmung des § 1586b BGB, die auch unter Rechtsberatern teilweise zu wenig berücksichtigt wird⁸². Danach geht mit dem Tod des Unterhaltsverpflichteten die Unterhaltspflicht auf den Erben als Nachlassverbindlichkeit über. Der Erbe haftet jedoch nicht über einen Betrag hinaus, der dem Pflichtteil entspricht, welcher dem Berechtigten zustünde, wenn die Ehe nicht geschieden worden wäre. Diese Vorschrift begrenzt demnach die Haftung des Erben auf den fiktiven Pflichtteilsanspruch des Unterhaltsberechtigten. Dementsprechend ist umstritten, ob ein Erb- oder Pflichtteilsverzicht auch diesen Unterhaltsanspruch gegen die Erben des Unterhaltsschuldners entfallen lässt. Die wohl h.M. bejaht dies⁸³. Da die Kautelarpraxis den sichersten Weg gehen muss, ist für den Regelfall, in dem die Haftung nach § 1586b BGB aufrecht erhalten werden soll, eine Einschränkung in den Pflichtteilsverzicht aufzunehmen, dass dieser keine unterhaltsrechtlichen Wirkungen haben soll⁸⁴.

d) Verlust der Verteidigungsrechte nach §§ 2319, 2328 BGB

Diese Problematik wurde bislang wenig beachtet⁸⁵. Denn der Pflichtteil verschafft dem Pflichtteilsberechtigten nicht nur einen Anspruch gegen den Erben oder beim Pflichtteilsergänzungsanspruch u.U. auch gegen den Beschenkten nach § 2329 BGB. Der Pflichtteil schafft auch **Verteidigungsrechte**. So bestimmt § 2319 S. 1 BGB, dass einer von mehreren Erben, der selbst pflichtteilsberechtigt ist, nach der Teilung des Nachlasses die Befriedigung eines anderen Pflichtteilsberechtigten soweit verweigern darf, dass ihm sein eigener Pflichtteil verbleibt. Noch weiter geht § 2328 BGB: Ist der wegen einer Pflichtteilsergänzung in Anspruch genommene Erbe selbst pflichtteilsberechtigt, so kann er die Ergänzung des Pflichtteils soweit verweigern, dass ihm sein eigener ordentlicher Pflichtteil mit Einschluss dessen verbleibt, was ihm zur Ergänzung seines eigenen Pflichtteils gebühren würde. Nach herrschender, allerdings umstrittener Auffassung gilt die Bestimmung des § 2328 BGB für den nach § 2329 BGB in Anspruch genommenen pflichtteilsberechtigten Beschenkten entsprechend⁸⁶. Es stellt sich daher die Frage, ob durch einen entsprechenden Pflichtteilsverzicht auch diese Verteidigungsrechte verloren gehen. Dafür spricht, dass im Rahmen des § 2328 BGB vertreten wird, dass der pflichtteilsberechtigte Erbe nur seinen „konkreten Pflichtteil“ verteidigen kann, also unter Berücksichtigung von Anrechnungs- und Ausgleichungspflichten nach den §§ 2315, 2316 BGB⁸⁷. Diese Problematik ist insbesondere beim entgeltlichen Pflichtteilsverzicht hinsichtlich der für den Verzicht gemachten Abfindung bedeutsam, sofern man in dieser eine ergänzungspflichtige Zuwendung sieht⁸⁸. Teilweise wird vertreten, zugunsten des Abfindungsempfängers die Vorschrift des § 2328 BGB ebenfalls analog anzuwenden⁸⁹, während andere zu Recht entsprechend dem in § 2328 BGB enthaltenen Rechtsgedanken in Höhe des dem abgefundenen Pflichtteilsberechtigten zustehenden Gesamtpflichtteils einen Anspruch nach § 2329 Abs. 1 BGB verneinen, weil es an einer „ungerechtfertigten Bereicherung“ fehlt⁹⁰.

e) Insolvenz- und sozialrechtliche Auswirkungen

Gegenstand des Pflichtteilsverzichts ist nur eine „jetzige Erbchance“, kein

Anwartschaftsoder gar Vollrecht⁹¹. Daher ist auch ein während des Bezugs von **Sozialhilfe** erklärter unentgeltlicher Verzicht nicht sittenwidrig⁹², ausführlicher dazu IV.8.

Auch eine Anfechtung nach dem **AnfG** oder der **InsO** scheidet aus, wie sich auch aus der Wertung des § 83 Abs 1 InsO ergibt. Denn danach steht es dem Erben sogar frei, eine vor oder während des Insolvenzverfahrens angefallene Erbschaft auszuschlagen⁹³. Auch ist der Erb- und Pflichtteilsverzicht keinen Obliegenheitsverstoß iSd § 295 Abs 1 Nr 2 InsO⁹⁴, der zum Verlust der Restschuldbefreiungsmöglichkeit führen würde.

2. Gefahren aus der Aufhebung von Pflichtteilsverzichten

In den theoretischen Veröffentlichungen wird immer wieder diskutiert, dass sich Gefahren für den Übernehmer daraus ergeben können, dass der Übergeber ohne dessen Mitwirkung durch bloße (allerdings formbedürftige) Vereinbarung mit dem Verzichtenden den Pflichtteilsverzicht nach § 2351 BGB wieder aufheben kann. Fehlt es an einer ausdrücklichen vertraglichen Störfallvorsorge, so dürfte in der Tat die Möglichkeit zur Beseitigung des Pflichtteilsverzichts hinter dem Rücken des Übernehmers bestehen. Im Einzelfall kann allerdings § 242 BGB der Berufung auf die Wirksamkeit der Aufhebung des Pflichtteilsverzichts entgegen gehalten werden, wenn die Vereinbarung unter Einbeziehung auch der anderen Kindern auf Grund eines von allen getragenen Konzepts über die Nachlassverteilung erfolgte⁹⁵. Sehr weit geht allerdings *Lange/Kuchinke*⁹⁶, wonach man bereits aus der Interessenlage bei einem entgeltlichen Pflichtteilsverzicht idR zugleich die Vereinbarung einer Unterlassungsverpflichtung annehmen kann⁹⁷.

In der Praxis kommt dieses Problem allerdings wohl kaum vor. Wer dem jedoch vorbeugen möchte, für den bestehen verschiedene **vertragliche Regelungsmöglichkeiten**. (1) So soll eine Aufhebung jedenfalls dann nicht mehr möglich sein, wenn sich der Erblasser gegenüber dem Übernehmer verpflichtet hat, die **Aufhebung** des Pflichtteilsverzichts **zu unterlassen**, was rechtlich zulässig ist, da es sich dabei um einen Vertrag unter Lebenden handelt und § 2302 damit nicht anwendbar ist⁹⁸. Einer

absoluten Unwirksamkeit einer später trotzdem versuchten Aufhebung steht hier nicht § 137 S 1 entgegen, da diese Vorschrift nur rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen in Bezug auf kraft Gesetzes veräußerliche Rechte betrifft⁹⁹, und der Pflichtteilsanspruch vor Eintritt des Erbfalls gerade noch nicht übertragbar ist¹⁰⁰. Zumindest entsteht bei Nichteinhaltung der Verpflichtung ein Schadensersatzanspruch des Übernehmers gegen den Erblasser, der den (wiederauflebenden) Pflichtteilsanspruch des aus dem Aufhebungsvertrag Begünstigten kompensieren kann.

(2) Möglich ist auch eine Vereinbarung nach § 311 b Abs 5 nF BGB(früher § 312 Abs 2) des Verzichtenden gegenüber dem Übernehmer, dass der Pflichtteilsberechtigte auch bei einer Aufhebung des Pflichtteilsverzichts seinen Pflichtteilsanspruch nach dem Erbfall nicht geltend macht. Dies hat allerdings nur schuldrechtliche Wirkung und ist nur zwischen den künftigen gesetzlichen Erben des Erblassers möglich, was nicht immer der Fall ist¹⁰¹. (3) Daneben kann sich auch der verzichtende Pflichtteilsberechtigte gegenüber dem Übernehmer verpflichten, den Pflichtteilsverzicht nicht mehr aufzuheben, was nicht den Beschränkungen des § 311b Abs 5 unterliegt¹⁰². Der Verstoß führt dann zu einem unmittelbaren Schadensersatzanspruch des Übernehmers gegen dem Pflichtteilsberechtigten.

IV. Inhaltskontrolle von Erb- und Pflichtteilsverzichten

1. BVerfG und BGH: Inhaltskontrolle von Eheverträgen

Ausgehend von den Grundsatzentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und des BGH zu den Grenzen der Vertragsfreiheit bei Eheverträgen und Scheidungsvereinbarungen und der hierfür entwickelten Inhaltskontrolle¹⁰³ wird zunehmend diskutiert, inwieweit auch Erb- und Pflichtteilsverzichte einer gerichtlichen Überprüfung unterliegen¹⁰⁴.

2. konkrete Berührungspunkte zum Erb- und Pflichtteilsverzicht

Konkrete Berührungspunkte zu dieser aktuellen Entwicklung im Ehevertragsrecht ergeben sich aus zwei Umständen: Zum einen werden zu Recht Erb- und insbes. Pflichtteilsverzichte im Zusammenhang mit ehevertraglichen Regelungen und Scheidungsvereinbarungen getroffen, um auch im Falle des Todes eines Ehegatten zu einer sachgerechten Regelung zu gelangen. Im Rahmen der von BGH vorgenommenen „**Gesamtschau**“, insbes im Rahmen der sog „Wirksamkeitskontrolle“, besteht dann aber die Gefahr, dass auch der erbrechtliche Verzicht als unwirksam angesehen wird¹⁰⁵. Zum anderen wird teilweise ausgehend von der vom BGH entwickelten „Kernbereichslehre der Dispositivität der Scheidungsfolgen“ und dem hohen Rang, den das Unterhaltsrecht dort einnimmt, die Unterhalts- und Versorgungsfunktion des Pflichtteils betont¹⁰⁶ und Art und Umfang der gerichtlichen Kontrolle von Pflichtteilsverzichten davon abhängig gemacht, ob der Pflichtteilsanspruch im konkreten Einzelfall auch der Sicherung des laufenden Unterhalts und der Versorgung des Pflichtteilsberechtigten dient¹⁰⁷.

3. Übertragbarkeit der Rspr. des BVerfG und BGH zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen?

Versteht man den Begriff der „Inhaltskontrolle“ richtig is einer **umfassenden gerichtlichen Überprüfung**, so kann es dem Grunde nach nicht zweifelhaft sein, dass diese auch bei Erb- und Pflichtteilsverzichten möglich ist, und diese hat die Rspr bereits seit vielen Jahren vorgenommen¹⁰⁸. Letztlich ist nur das Schlagwort neu, unter dem dies diskutiert wird. Der Inhaltskontrolle steht auch nicht § 310 Abs 4 BGB entgegen, denn diese Bestimmung schließt nur hinsichtlich von AGB bei Erb- und familienrechtlichen Verträgen eine sich aus den §§ 307 ff BGB ergebende Inhaltskontrolle aus¹⁰⁹. Vielmehr findet sich die Inhaltskontrolle von Rechtsgeschäften heute hinsichtlich einer Vielzahl von rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen, auch individueller Art, so etwa im Bereich der Gesellschaftsverträge, ja selbst der Dienstbarkeiten¹¹⁰, muss aber den **Besonderheiten des zu beurteilenden Rechtsgeschäfts** Rechnung tragen. Demnach sind die von der Rspr entwickelten Grundsätze zur Überprüfung von Eheverträgen und Scheidungsvereinbarungen auf die Beurteilung von Erb- und Pflichtteilsverzichten wegen der

Unterschiedlichkeit der Vertragsarten nicht direkt übertragbar¹¹¹. Dies betrifft insbes bereits die erste Stufe der Überprüfung, die sog „**Wirksamkeitskontrolle**“, die sich wohl an § 138 BGB orientiert: Das Ehegattenerb- und Pflichtteilsrecht kann nicht zum Kernbereich der Scheidungsfolgen gehören, da der Gesetzgeber dasselbe mit der Scheidung nach § 1933 S 1 und 2 BGB erlöschen lässt¹¹². Auch der zweiten Stufe, der sog „**Ausübungskontrolle**“, liegen bei der Überprüfung von Eheverträgen und Scheidungsvereinbarungen besondere, auf den Erb- und Pflichtteilsverzicht nicht übertragbare Überlegungen zu Grunde: Die Ausübungskontrolle stellt darauf ab, ob ein Ehegatte seine Rechtsstellung missbraucht, wenn er sich gegenüber den gesetzlichen Scheidungsfolgen auf die geschlossene Vereinbarung beruft. Dies ist insbes. unter dem Gesichtspunkt eines gegenüber dem Vertragsabschluss anders eingetretenen Lebensverlaufs zu beurteilen, wenn es eben „anders kommt als gedacht“. Demgegenüber ist es beim Erb- und Pflichtteilsverzicht wegen seines besonderen, „**aleatorischen Rechtscharakters**“ durchaus typisch, dass sich die Vermögens- und Einkommensverhältnisse ganz anders entwickeln. Ein Korrekturbedarf besteht nicht und stünde gerade der vertraglich gewollten Risikoverteilung entgegen, die vom Willen zur Schaffung erbrechtlicher Klarheit vor Eintritt des Erbfalls getragen ist.

4. Allgemeine Regelungen gegen Störungen bei Vertragsbeziehungen

Weiter ist zu beachten, dass der Erb- wie Pflichtteilsverzicht nicht seinen Rechtsgrund in sich selbst trägt, sondern nach heute ganz hM einer „causa“ bedarf¹¹³; diese ist beim unentgeltlichen Erb- und Pflichtteilsverzicht ein einseitiges, beim entgeltlichen ein gegenseitiges Rechtsgeschäft. Dementsprechend ist auch bei der gerichtlichen Überprüfung zwischen dem **schuldrechtlichen Grundgeschäft** und dem unmittelbar verfügenden **Verzicht** zu unterscheiden¹¹⁴. Hinsichtlich der an § 138 BGB orientierten Wirksamkeitskontrolle ist dabei zu beachten, dass der Verzicht als solcher wertneutral und vom Gesetzgeber in § 2346 BGB ausdrücklich zugelassen ist¹¹⁵. Die Unwirksamkeit kann sich allerdings auch aus dem **Gesamtcharakter** einer Vereinbarung ergeben, wobei Inhalt, Zweck und Beweggrund in die Beurteilung einzubeziehen sind¹¹⁶. Aber dann kommt bereits auch das Verpflichtungsgeschäft ins Spiel. Im

Mittelpunkt der gerichtlichen Überprüfung wird daher idR das entsprechende Verpflichtungsgeschäft stehen, insbes beim entgeltlichen Erb- und Pflichtteilsverzicht gegen Abfindung. Hier gewähren aber die **gesetzlich** gegen die **Störung** von Vertragsbeziehungen vorgesehenen allgemeinen Regelungen durchweg einen angemessenen Interessenausgleich¹¹⁷: Zu prüfen ist dabei insbes, ob eine Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) vorliegt, wobei vor allem die Verknüpfung des Verzichts mit dem angestrebten Zweck zu beachten ist¹¹⁸, die Anfechtung nach § 119 BGB und auch § 123 BGB bei einer Täuschung oder arglistigen Drohung, ein etwa vereinbarter Bedingungszusammenhang, eine ergänzende Vertragsauslegung und schließlich eine Anpassung bei Störung der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 BGB¹¹⁹.

5. Berücksichtigung der Willensrichtung der Beteiligten

Gerade die zwei zuletzt genannten Möglichkeiten der gesetzlichen Störfallvorsorge haben gegenüber der vom BGH gewählten, letztlich auf dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs¹²⁰ beruhenden „Ausübungskontrolle“ den Vorteil, im Zentrum der Überlegungen immer die von den Vertragsteilen **verfolgte Willensrichtung** zu stellen und nicht eine richterliche Überprüfung nach „Billigkeitsgesichtspunkten“¹²¹. Immer aber muss der besondere **Wagnischarakter** des Erb- und Pflichtteilsverzichts beachtet werden, der eine Berücksichtigung einer unerwarteten Vermehrung oder Verminderung des Erblasservermögens ausschließt¹²², wie dies bislang schon durch die h.M. und Rspr. geschah¹²³.

6. Anpassung bezüglich des schuldrechtlichen Grundgeschäfts auch nach Erbfall möglich

Eine Anpassung ist daher nur hinsichtlich solcher Umstände möglich, die außerhalb der Vorstellungskraft der Vertragsteile lagen und mit denen vernünftigerweise niemand rechnen konnte¹²⁴. Dann kann aber die Anpassung sachgerecht hinsichtlich des schuldrechtlichen Grundgeschäfts erfolgen, etwa durch eine angemessene Änderung der ursprünglich vereinbarten Gegenleistung. Da dies nicht auf der Ebene des

Verfügungsgeschäfts erfolgt, das zur Wahrung der Rechtssicherheit keiner Änderung nach Eintritt des Erbfalls zulässt¹²⁵, sondern nur bezüglich der schuldrechtlichen „causa“ kann auch noch danach eine Änderung erfolgen¹²⁶.

a) Inhaltskontrolle in den Fällen einer „Drucksituation

Was aber die Ausgangsentscheidung des BVerfG¹²⁷ zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen betrifft, in der es um eine besondere „**Drucksituation**“ und Unterlegenheit eines Vertragsteils ging, so ist im Bereich der Erb- und Pflichtteilsverzichte zu beachten, dass im Hinblick auf die Anwendung des § 138 nicht allein eine Dominanz eines Vertragspartners ein tatbestandsmäßiger Störfaktor sein darf, sondern erst der konkrete Missbrauch seiner Stärke gegenüber dem anderen Vertragsteil, der sich in Ausnutzung, Täuschung und möglicherweise Nötigung seines Vertragspartners äußern muss¹²⁸.

7. Der Fall Pflichtteilsverzicht und Unternehmensnachfolge: „Wildmoser“

Ohne Erörterung der Zulässigkeit einer Inhaltskontrolle hat das OLG München („Fall Wildmoser“) eine **Umstandssittenwidrigkeit** in einem Fall angenommen, in dem nichteheliche Kinder gegenüber ihrem Vater einen Erbverzicht abgaben. Dabei wurde der Berechnung der Abfindungsleistung entsprechend dem Vorschlag des Rechtsanwalts des Vaters die Unterhaltspauschalierung des § 1934d Abs 2 aF BGB des damals möglichen vorzeitigen Erbausgleichs zu Grunde gelegt, ohne dass den Verzichtenden deutlich gemacht wurde, dass sich im Erbfall ihr Erbersatzanspruch nach dem tatsächlichen Nachlasswert bemessen hätte. Darin hat das Gericht eine vorwerfbare Ausnutzung der alters- und erfahrungsmäßig schwächeren Verhandlungsposition der Verzichtenden gesehen¹²⁹. Die Entscheidung ist nicht nur deshalb bedenklich, weil die Grenzziehung zwischen Sittenwidrigkeit und arglistiger Täuschung nicht klar gezogen wird¹³⁰, sondern auch weil die Verzichtenden als Abfindung mehr erhielten, also sie nach der damaligen Rechtslage im Klagewege auf Grund des vorzeitigen Erbausgleichs hätten erhalten können und zudem verlässliche Berechnungsmethoden für den entgeltlichen Erbverzicht

fehlen. Solche lassen sich angesichts des aleatorischen Rechtscharakters wohl auch nur schwer entwickeln.

8. Pflichtteilsverzicht eines behinderten Sozialhilfeempfängers ist grundsätzlich nicht sittenwidrig – BGHZ 188, 96

a) Zur Entscheidung

a) Einführung

Den vorläufigen Schlusspunkt in der Diskussion zur Inhaltskontrolle von Erb- und Pflichtteilsverzichteten bildet die Entscheidung des BGH vom 19. 1. 2011¹³¹. In dem dort entschiedenen Fall hatte kurz vor Eintritt des Erbfalls eine körperbehinderte Sozialhilfeempfängerin ohne Gegenleistung auf ihren gesetzlichen Pflichtteil verzichtet. Der Sozialhilfeträger hatte nach Eintritt des Erbfalls die Sittenwidrigkeit des Pflichtteilsverzichts geltend gemacht und den deswegen angeblich noch bestehenden Pflichtteilsanspruch übergeleitet.

Demgegenüber hat der BGH festgestellt, dass ein Pflichtteilsverzicht eines behinderten Sozialleistungsbeziehers grundsätzlich nicht sittenwidrig ist. Die Entscheidung ist sehr umfangreich und ausführlich begründet. Insbesondere konnte der BGH nicht feststellen, dass in solchen Fällen ein Verstoß gegen eine übergeordnete Werteordnung vorliege. Dabei stellt der BGH seine neue Entscheidung in eine Kontinuität zur Rspr. dieses Senats zur grundsätzlichen Wirksamkeit des sog. Behindertentestaments¹³². Dazu betont er abermals, dass der Nachranggrundsatz des Sozialhilferechts (§ 2 SGB XII), mit dessen Verletzung vor allem die Sozialhilfeträger die Sittenwidrigkeit solcher Gestaltungen begründet hatten, vielfach selbst im Sozialhilferecht durchbrochen werde und damit seine prägende Kraft verloren habe.

b) Die negative Erbfreiheit

Hinzu kommt aber ein völlig neuer Gedanke, der der sog. „**negativen Erbfreiheit**“: Die Entscheidung, ob jemand die Erbschaft oder seinen Pflichtteil erhalten möchte, sei von der Privatautonomie, ja sogar mehr

noch, von der Erbrechtsgarantie des Art. 14 I GG gedeckt. Dadurch werde auch eine „negative Erbfreiheit“ geschützt:

„der Erbrechtsgarantie in Art. 14 Abs. 1 GG (ergänze „ist“) auch ein Gegenstück im Sinne einer „negativen Erbfreiheit“ zu entnehmen. Wenn einerseits Erblasser frei darin sind, andere zu ihren Erben einzusetzen, ist dies andererseits nur insofern zu billigen, als die Betroffenen damit einverstanden sind. Es gibt keine Pflicht zu erben oder sonst etwas aus einem Nachlass anzunehmen. Wenigstens muss den Betreffenden das Recht zur Ausschlagung zustehen, um sich gegen den vom Gesetz vorgesehenen Von-selbst-Erwerb (§§ 1942 BGB) wehren zu können. Die grundsätzliche Ablehnungsmöglichkeit gegenüber Zuwendungen ist notwendiger Widerpart, der einen unmittelbar wirksamen Vermögensübergang ohne eigenes Zutun erst rechtfertigt. Insoweit kann für einen erbrechtlichen Erwerb von Vermächtnis- oder Pflichtteilsansprüchen im Grundsatz nichts anders gelten als für die Erbenstellung selbst. In diesem Sinn steht Pflichtteilsberechtigten für einen Verzicht nicht nur die durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistete Privatautonomie, sondern auch der Grundgedanke der Erbfreiheit zur Seite.“¹³³

Diese Aussage, die mehr postuliert als begründet wird, ist bisher völlig neu und wird sicherlich noch kontrovers diskutiert werden¹³⁴.

c) Sozialhilferechtliche Sanktionen

Allerdings weist der BGH am Ende seiner Entscheidung darauf hin, dass auch dann, wenn ein Pflichtteilsverzicht eines Sozialleistungsbeziehers wirksam sei, u.U. **sozialhilferechtliche Sanktionsmöglichkeiten** für den Sozialhilfeträger bestehen können (etwa nach § 26 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB XII). Allerdings ist im einschlägigen Schrifttum bis dahin stark bezweifelt worden, ob diese Sanktionsvorschriften auf einen Erb- oder Pflichtteilsverzicht anwendbar sind¹³⁵. Die Sozialhilfeträger werden jedoch diesen Hinweis gerne aufgreifen und verstärkt diese Instrumente anzuwenden versuchen. Insoweit gibt die BGH-Entscheidung den Betroffenen „mehr Steine als Brot.“

b) Auswirkungen auf das Behinderten- und Bedürftigentestament

In einem sehr ausführlichen „obiter dictum“ setzt sich der Senat in seiner Grundsatzentscheidung auch mit der Zulässigkeit des Behindertentestaments auseinander und verneint insbes. die Möglichkeit der Überleitbarkeit des Ausschlagungsrechts des behinderten pflichtteilsberechtigten Erben nach § 2306 Abs. 1 BGB auf den Sozialhilfeträger, so dass die meisten Urteilsanmerkungen in der Entscheidung eine weitere Absicherung des in der Praxis weitverbreiteten **Behindertentestaments**, zumindest in der Form der Erbschaftslösung¹³⁶, sehen¹³⁷.

In der Praxis wird jedoch trotz dieser im Grundsatz für die Kautelarpraxis günstigen Entscheidung ein „**flankierender Pflichtteilsverzicht**“ im Zusammenhang mit einem **Behindertentestament** kaum vorkommen. Zwar wäre dieser dem Grundsatz nach sinnvoll, um das Ausschlagungsrecht des pflichtteilsberechtigten Erben nach § 2306 Abs. 1 BGB auszuschalten. Jedoch wird in den meisten Fällen das Behindertentestament bei geistig behinderten Pflichtteilsberechtigten gewählt, die wegen ihrer fehlenden Geschäftsfähigkeit keinen Pflichtteilsverzicht erklären können. Und die dann erforderliche familiengerichtliche Genehmigung nach § 2347 BGB ist idR nicht einfach und nur unter erheblichen Auflagen zu erreichen.

Noch nicht geklärt ist allerdings, ob die Grundsätze des Senatsurteils auch auf einen Pflichtteilsverzicht oder eine Ausschlagungsentscheidung anderer Sozialleistungsbezieher, insbesondere im Zusammenhang mit dem Bezug von ALG II („Hartz IV“) anwendbar sind¹³⁸. Gestaltungen in diesem Kontext werden auch als „**Bedürftigentestamente**“ diskutiert.

V. Weitere aktuelle Fälle zum Pflichtteilsverzicht

1. Formbedürftigkeit des Verpflichtungsgeschäftes

Es ist zwar ganz h.M., dass das Formgebot des § 2348 BGB, das zunächst nur den abstrakten Erb- und Pflichtteilsverzicht betrifft, auch entsprechende Anwendung auf den Kausalvertrag findet¹³⁹. Dies ist der

Vertrag, durch den sich der später Verzichtende zum Abschluss des Erb- oder Pflichtteilsverzichts verpflichtet, der Erblasser u.U. aber auch zu Erbringung entsprechender Gegenleistungen. Die Formbedürftigkeit desselben hat das OLG Köln nunmehr ausdrücklich bestätigt. Zutreffender Weise wird dies damit begründet, dass sonst aus dem formfreien Verpflichtungsvertrag auf die Abgabe der Verzichtserklärung geklagt werden könnte und damit die Formvorschrift des § 2348 BGB umgangen würde¹⁴⁰. Notarfreundlich ist dann die folgende Feststellung:

„Der Schutzzweck des § 2348 BGB wird nicht dadurch erreicht, dass beide Parteien durch Anwälte vertreten sind. Denn der Gesetzgeber misst der notariellen Beratung und Belehrung einen anderen Stellenwert zu als der anwaltlichen Beratung, so dass erstere nicht durch letztere ersetzt werden kann.“

2. Heilung unwirksamer Kausalgeschäfte beim Erb- und Pflichtteilsverzicht?

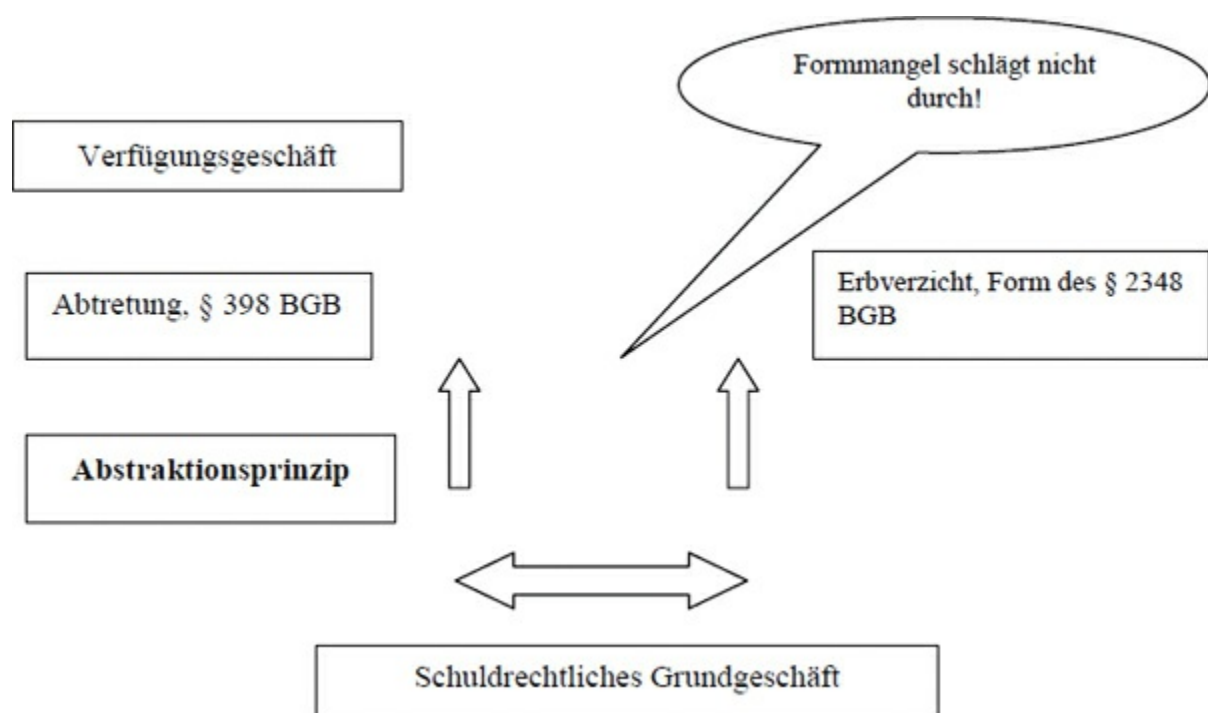
Wesentlich umstrittener ist die Frage, inwieweit eine Heilung des formunwirksamen Kausalgeschäftes in entsprechender Anwendung der §§ 311b Abs. 1 S. 2 BGB, 15 Abs. 4 S. 2 GmbHG möglich ist¹⁴¹.

3. Rechtsfolgen von Formfehlern

In seinem Urteil vom 07.12.2011¹⁴² konnte der BGH beide Fragen offen lassen. Denn § 2348 BGB regelt lediglich die Formbedürftigkeit des Erbverzichts als abstraktes erbrechtliches Verfügungsgeschäft. In dem zu entscheidenden Fall ging es jedoch nur um die Wirksamkeit eines **Vollzugsgeschäfts**, das mit dem Erbverzicht im Zusammenhang stand. Eine entsprechende Anwendung des Formgebots kommt jedoch nach Ansicht des BGH hierauf nicht in Betracht.

Der zu Grunde liegende Sachverhalt war relativ komplex. Der Vater hatte seiner Tochter privatschriftlich Kommanditanteile an seiner Firma übertragen und sich dafür eine Leibrente versprechen lassen. In diesem Überlassungsvertrag wurde auch eine Darlehensforderung des Vaters gegen die Gesellschaft, an der der Sohn maßgeblich in der Geschäftsführung tätig war, an die Tochter abgetreten. Die Tochter hatte

zeitgleich einen isolierten notariellen Erb- und Pflichtteilsverzichtungsvertrag mit dem Vater abgeschlossen. Später kündigte die Tochter das Darlehen. Hiergegen verteidigte sich die beklagte Firma mit dem Einwand, dass die Abtretung nicht formwirksam erfolgt sein. Der BGH ließ das nicht geltend. Aufgrund des **Abstraktionsprinzips** sei die Formbedürftigkeit jedes einzelnen dinglichen Vollzugsgeschäfts isoliert von den anderen Verfügungsgeschäften zu betrachten. Eine Ausdehnung der Formbedürftigkeit sei auch nicht zur Erweiterung der Schutz- und Warnfunktion geboten; anderenfalls hätte dies völlig unpraktikable Ergebnisse zur Folge. Man kann dies sicherlich auch anders sehen: Die umfassende Beurkundungspflicht nach § 311b Abs. 1 S. 1 BGB wird oftmals auch von den Beteiligten als „unpraktikabel“ empfunden.



4. Der „verunglückte Überlassungsvertrag“

Aus den vom BGH dargelegten Gründen ist auch der Beschluss des OLG Düsseldorf vom

21.6.2011¹⁴³ unzutreffend. In dem dort entschiedenen Fall handelte der Sohn bei der notariellen Beurkundung eines Vertrages, durch den sein Vater ihm im Wege der vorweggenommenen Erbfolge Grundstücke

übertrag und der Sohn auf seinen **Pflichtteil verzichtet**, als **Vertreter ohne Vertretungsmacht**, vorbehaltlich der nachträglichen Genehmigung des Vaters. Trotz der späteren Genehmigung des Vaters war der Pflichtteilsverzicht unwirksam, weil nicht beachtet wurde, dass seitens des Erblassers dieser nur höchstpersönlich abgeschlossen werden kann (§ 2347 Abs. 1 S. 2 BGB). Die Genehmigungserklärung des Vaters könne auch nicht als Erklärung der Annahme eines von dem Sohn abgegebenen Angebots auf Abschluss eines Verzichtsvertrages und somit als eigene Vertragserklärung gewertet und umgedeutet (§ 140 BGB) werden. Denn bezüglich der Nachgenehmigung wurde nur die Unterschrift des Vaters beglaubigt, während hinsichtlich des Pflichtteilsverzichts eine Beurkundung nach den §§ 6 ff. BeurkG erforderlich ist. Hinsichtlich der Folgen machte es sich dann das Oberlandesgericht sehr einfach. Aus der Nichtigkeit des Pflichtteilsverzichts nahm es über § 139 BGB ohne nähere Prüfung an, dass damit der gesamte Überlassungsvertrag, insbesondere auch die Auflassung als solches, unwirksam ist. Dies verstößt aber gerade gegen die Grundsätze, die der BGH aufgezeigt hat.

Aber auch dann, wenn man gegen das vom BGH hochgehaltene **Abstraktionsprinzip** einwendet, dass dieses ausnahmsweise durch einen **Bedingungszusammenhang** durchbrochen sein könnte, scheitert dies bezüglich der Auflassung daran, dass diese als solche bedingungsfeindlich ist (§ 925 Abs. 2 BGB), und dieser Gesichtspunkt schon deshalb gegen die Annahme einer solchen Geschäftseinheit spricht¹⁴⁴. Zudem wurde dort nicht beachtet, dass zwar das Formgebot des § 2348 BGB für das Kausalgeschäft zum Erb- und Pflichtteilsverzicht gilt, **nicht** aber das Gebot der Höchstpersönlichkeit des § 2347 Abs. 2 S. 1 BGB. Dieses ist nämlich nur historisch zu erklären und beruht darauf, dass der Gesetzgeber den Erbverzicht ursprünglich als Art „negativen Erbvertrag“ angesehen hat und damit als Verfügung von Todes wegen. Demgegenüber gebietet das **Schutzbedürfnis** der Vertragspartner gerade **nicht die Erstreckung des Grundsatzes der Höchstpersönlichkeit** auch auf das Kausalgeschäft zum Erb- und Pflichtteilsverzicht¹⁴⁵.

VI. Ausblick

Wie unser Überblick gezeigt hat, ist der Erb- und insbes.

Pflichtteilsverzicht ein ganz wichtiges Instrument zur Sicherung einer geordneten Nachlassplanung¹⁴⁶. Dabei gilt es, die mitunter sehr widerstreitenden Interessen zu einem angemessenen Ausgleich zu bringen. Daher verlangt das Gesetz zutreffender Weise, dass diese Vereinbarung vor dem Notar als neutraler Person beurkundet werden muss. Allerdings sind auch dessen Möglichkeiten und insbesondere Aufgaben begrenzt. Die genaue Wertermittlung, ob ein entgeltlicher Pflichtteilsverzicht angesichts der vereinbarten Abfindung angemessen ist, wird vom Notar nach dem ihm obliegenden Pflichtenkatalog, insbesondere des § 17 BeurkG, nicht geschuldet und kann von ihm auch nicht verlangt und geleistet werden, insbes. nicht im Unternehmensbereich mit den dort bestehenden Bewertungsschwierigkeiten. Vor den Gefahren eines unbedacht abgeschlossenen Pflichtteilsverzichts kann er jedoch warnen, und damit ist oftmals schon viel gedient. Und auf einen angemessenen Ausgleich kann er hinwirken, in dem er den Beurkundungsvorgang als kommunikativen Akt ausgestaltet.

-
- ¹ Dr. Jörg Mayer ist als Notar mit den Tätigkeitsschwerpunkten Erb- und Familienrecht in Simbach am Inn niedergelassen.
 - ² Vgl. etwa *Langenfeld*, Testamentsgestaltung, 4. Aufl., 2010, Rn. 882 ff.
 - ³ Der Pflichtteil und Unternehmensnachfolge, 2012.
 - ⁴ Das Unternehmen und Unternehmensbeteiligung schwierig zu bewerten sind, hat bereits der historische Gesetzgeber gesehen, vgl. Prot. V, S. 497. Heute ist dies allgemein anerkannt, auch und gerade im Pflichtteilsrecht, vgl. nur MünchKomm/BGB/*Lange*, 5. Aufl., 2010, § 2311 Rn. 38; Bamberger/Roth/*J. Mayer* (Fn. 4), § 2311 Rn. 24.
 - ⁵ Für die pflichtteilsrechtliche Beurteilung von Gesellschaftsanteilen ausf. *Riedel*, Die Bewertung von Gesellschaftsanteilen im Pflichtteilsrecht, 2006.
 - ⁶ Vgl. Prot. V, 497; dazu *Honzen* (Fn. 3), S. 10, Fn. 58.
 - ⁷ BGHZ 123, 76, 78; MünchKomm/BGB/*Lange* (Fn. 4), BGB, § 2311 Rn. 2; zu den ausnahmsweise zu berücksichtigenden späteren Veränderungen s. *Staudinger/Haas* (2006), BGB § 2311 Rn. 6 ff.
 - ⁸ Dazu etwa *Korth*, BB 1992, Beilage 19 S 4; *Großfeld*, Unternehmens- und Anteilsbewertung im Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., 2002, 152 ff; *W. Müller*, FS Bezenberger, 2000, S 705, 706 ff; *Braunhofer*, Unternehmens- und Anteilsbewertung zur Bemessung von familien- und erbrechtlichen

Ausgleichsansprüchen, 1995, 31 mwN; *Damrau/Riedel/Lenz*, BGB, 2. Aufl., 2010, § 2311 Rn. 57; *Riedel*, Bewertung von Gesellschaftsanteilen, Rn. 135 ff; *Peemöller*, Praxishandbuch der Unternehmensbewertung, 2. Aufl., 2002, I Rn. 203; *Piltz/Wissmann*, NJW 1985, 2674.

- ⁹ Krit. daher etwa *Piltz*, Die Unternehmensbewertung in der Rechtsprechung, 3. Aufl., 1994, S. 139.
- ¹⁰ Vgl. dazu etwa *Staudinger/Haas* (Fn. 7), § 2311 Rn. 62; *Bamberger/Roth/J. Mayer* (Fn. 4), § 2311 Rn. 16 je m.w.N.
- ¹¹ BVerfGE 78, 132, 149; BGH NJW-RR 1991, 900, 901; MünchKomm/BGB/*Lange* (Fn. 4), § 2311 Rn. 25 m.w.N.
- ¹² BGH NJW-RR 1991, 900, 901; MünchKomm/BGB/*Lange* (Fn. 4), § 2311 Rn. 25.
- ¹³ BGH NJW 1985, 192, 193; NJW-RR 1991, 900, 901; MünchKomm/BGB/*Lange* (Fn. 4), § 2311 Rn. 25; dazu plakativ *J. Mayer*, Wertermittlung des Pflichtteilsanspruchs: Von gemeinen, inneren und anderen Werten, ZEV 1994, 331.
- ¹⁴ *Gielt*, in: Dauner-Lieb/Grziwotz/Homann-Dennhardt, Pflichtteilsrecht, Handkommentar, 2010, § 2331a Rn. 2; *Lange*, DNotZ 2007, 84, 91; *Otte*, AcP 202 (2002) 317, 359.
- ¹⁵ *Bamberger/Roth/J. Mayer* (Fn. 4), § 2331a Rn. 1; skeptisch bereits vor Inkrafttreten der Reform *Bonefeld/Lange/Tanck*, ZErB 2007, 292, 295 f; *Reich*, FPR 2008, 555, 557, während die amtliche Gesetzesbegründung von einer „maßvollen Erweiterung der Stundungsvoraussetzungen“ spricht, BT-Drucks 16/8954 S 21.
- ¹⁶ Vgl. etwa *Honzen* (Fn. 3), S. 15 ff.
- ¹⁷ Prot. V, S. 497; dazu auch die Motive, Mot. V, S. 386 f.
- ¹⁸ Mot. V, S. 387.
- ¹⁹ Überblick dazu bei *Staudinger/J. Mayer* (2012), BGB, Art. 64 EGBGB Rn. 86 ff.; *Wellmann*, Landwirtschaftserbrecht, ZErB 2010, 12.
- ²⁰ *Kronthaler*, Landgut, Ertragswert und Bewertung im bürgerlichen Recht, 1991, S. 16.
- ²¹ Gutachten, A 1, 36 ff.
- ²² 2010, L 302, Beschluss VII, 27.
- ²³ *Honzen* (Fn. 3), S. 14 ff.
- ²⁴ Vgl. nur *Spiegelberger*, Unternehmensnachfolge, 2. Aufl., 2009, § 1 Rn. 29; *K. Schmidt*, in: Röthel (Hrsg.), Reformfragen des Pflichtteilsrechts, - Symposium 30.11.-2.12.2006 in Salza, 2007, S. 37, 39, 44; am sachlich fundiertesten aufgrund einer eingehend Analyse der Bewertungsmethoden> *Riedel*, in:

- Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, 2. Aufl., 2010, § 15 Rn. 1 ff.; diff. *Klingelhöffer*, ZEV 2002, 293, 296.
- ²⁵ Zutr. Honzen (Fn. 3), S. 18.
- ²⁶ BVerfGE 112, 332 = NJW 2005, 1651 = FamRZ 2005, 872 = ZEV 2005, 301 = JZ 2005, 1001 = ZNotP 2005, 460 = DNotZ 2006, 60; dazu etwa *Linnartz*, sj 2005, Nr. 13, 40; *Rohlfing*, FamRB 2005, 205; *K. W. Lange* ZErB 2005, 205; *Kleensang*, ZEV 2005, 277; *ders.*, DNotZ 2005, 509; *Stüber*, NJW 2005, 2122; *J. Mayer*, FamRZ 2005, 1441; *Otte*, JZ 2005, 1007; *Schöpfli*, FamRZ 2005, 2025; *Röthel*, ZEV 2006, 8; *Herzog*, FF 2006, 86; *Vahle*, DVP 2005, 432.
- ²⁷ *Schmidt-Kessel*, DNotZ 1989, 161.
- ²⁸ *J. Mayer*, in: Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, 2. Aufl., 2010, § 11 Rn. 125.
- ²⁹ Vgl. dazu nur die Monographie *Abele/Klinger/Maulbetsch*, Pflichtteilsansprüche reduzieren und vermeiden, 2010; v. *Dickhuth-Harrach*, Jubiläumsfestschrift Rheinisches Notariat, 1998, S. 185; v. *Oertzen*, ErbStB 2005, 71; von den Handbüchern zur Unternehmens- und Vermögensnachfolge *Scherer*, in Sudhoff, Unternehmensnachfolge, 5. Aufl., 2005, § 17 Rn. 52; *Thoma*, in Scherer (Hersg.), Münchener Anwalts-Handbuch-Erbrecht, 3. Aufl., 2010, § 29 Rn. 213 ff.
- ³⁰ I.E. ebenso etwa *Damrau*, BB 1970, 466, 469; *Horn*, ZErB 2008, 411; *J. Mayer*, ZEV 2000, 263; *Tornow*, ErbStB 2009, 220, 221; vom „Königsweg“ zur Vermeidung von Erbstreitigkeiten sprechen sogar *Groll/Rössler*, Praxishandbuch Erbrechtsberatung, 3. Aufl., 2010, C VI Rn. 319; *Spiegelberger* (Fn. 24), § 1 Rn. 27.
- ³¹ *Honzen* (Fn. 3), S. 21.
- ³² Dazu etwa *Staudinger/Schotten* (2010) BGB, § 2346 Rn. 122 ff.; *Crezelius*, Unternehmenserbrecht, 2. Aufl., 2009, Rn. 106; *Spiegelberger*, Vermögensnachfolge, 2. Aufl., 2010, § 9 Rn. 26 ff.
- ³³ AllgM, vgl. etwa *Langenfeld*, Testamentsgestaltung (Fn. 2), Rn. 216.
- ³⁴ BGH NJW 1982, 2497; *Staudinger/Haas* (Fn. 7), § 2310 Rn. 17 m.w.N.; *J. Mayer*, HdB Pflichtteilsrecht (Fn. 28), § 3 Rn. 85 ff.
- ³⁵ Eingehend dazu *J. Mayer*, HdB Pflichtteilsrecht (Fn. 28), § 11 Rn. 36.
- ³⁶ Nach *Bengel*, in: *Scherer*, MAH Erbrecht (Fn. 29), § 34 Rn. 1.
- ³⁷ BGHZ 134, 60 = NJW 1997, 521 = DNotZ 1997, 422 m. krit. Anm. *Albrecht*; die Entscheidung ist zu Recht ganz überwiegend als zu formalistisch kritisiert worden, vgl. etwa *Muscheler*, JZ 1997, 853; *J. Mayer*, MittBayNot 1997, 85; *Reul*, MittRhNotK 1997, 379, 382.
- ³⁸ *Staudinger/Schotten* (Fn. 7), § 2346 Rn. 30; *Nieder/Kössinger*, Handbuch der Testamentsgestaltung, 4. Aufl., 2011, § 19 Rn. 11; *MünchKommBGB/Wegerhoff*

- (Fn. 4), § 2346 Rn. 19 Fn. 54 (für § 2305).
- ³⁹ Staudinger/Schotten (Fn. 7), § 2346 Rn. 30; *Nieder/Kössinger*, Handbuch (Fn. 38), § 19 Rn. 11; *Wiesner* MittBayNot 1972, 106, 110; Palandt/Weidlich, BGB, 72. Aufl., 2012, § 2346 Rn. 5.
- ⁴⁰ Palandt/Weidlich (Fn. 39), § 2348 Rn. 1; dazu *Schotten*, DNotZ 1998, 163 ff; eingehender dazu unten, V.1.
- ⁴¹ Zu den Auswirkungen des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes auf diese Fragen s. *Krug*, Schuldrechtsmodernisierung und Erbrecht, 2002, Rn. 239 ff.
- ⁴² Vgl. Palandt/Weidlich (Fn. 39), § 2346 Rn. 10; eingehend zur Bedingungsverknüpfung *Edenfeld* ZEV 1997, 134.
- ⁴³ Vgl. *J. Mayer*, in Mayer/Süß, Handbuch Pflichtteilsrecht, 2. Aufl., 2010, § 11 Rn. 13.
- ⁴⁴ Palandt/Weidlich (Fn. 39), § 2346 Rn. 10; *J. Mayer*, MittBayNot 1985, 101; jetzt anders auch Staudinger/Schotten (Fn. 32), § 2346 Rn. 54; vgl. etwa BayObLGZ 1995, 29, 33 = ZEV 1995, 228, wo die Bedingungsfrage überhaupt nicht problematisiert wurde; a.A. früher Staudinger/Ferid/Cieslar, 12. Aufl., Rn. 89 vor § 2346.
- ⁴⁵ BGHZ 134, 60, 63 ff. = NJW 1997, 521 = LM Nr. 3 m. Anm. *Reithmann*.
- ⁴⁶ Vgl. etwa Soergel/M. Wolf, § 159 Rn. 1.
- ⁴⁷ *Bengel*, in Reimann/Bengel/J. Mayer, Testament und Erbvertrag, System. Teil D Rn. 88: „unproblematische Lösung“; genauso *Langenfeld*, Testamentsgestaltung (Fn. 2), Rn. 129.
- ⁴⁸ Palandt/Weidlich (Fn. 39), § 2346 Rn. 4.
- ⁴⁹ Staudinger/Schotten (Fn. 32), § 2346 Rn. 156 m.w.N.
- ⁵⁰ Vgl. OLG Hamm ZEV 2000, 507 m. Anm. *Kuchinke* bei Irrtum über die Wertlosigkeit des in der früheren DDR belegenen Grundbesitzes bei Erbverzicht vor der Wiedervereinigung.
- ⁵¹ Vgl. etwa *Weirich*, DNotZ 1986, 5, 11; *Reul*, MittRhNotK 1997, 379.
- ⁵² Palandt/Weidlich (Fn. 17), § 2346 Rn. 15; ausführlich *Nieder/Kössinger*, Handbuch (Fn. 38), § 19 Rn. 12; *J. Mayer* ZEV 2000, 263.
- ⁵³ Zutreffend v. *Dickhuth-Harrach* (Fn. 29), S. 190 m.w.N. zu diesem insoweit gefestigten Sprachgebrauch.
- ⁵⁴ *J. Mayer*, ZEV 2000, 263.
- ⁵⁵ v. *Dickhuth-Harrach* (Fn. 29), S. 190.
- ⁵⁶ S. auch Staudinger/Schotten (Fn. 32), § 2346 Rn. 48 ff. m.w.N.; MünchKomm/BGB/Wegerhoff (Fn. 4), § 2346 Rn. 20; Soergel/Damrau, § 2346 Rn. 10; eingehend aus der Sicht des Kautelarjuristen *Langenfeld*,

Testamentsgestaltung (Fn. 2), Rn. 220 ff.

- 57 *Weirich* DNotZ 1986, 5, 11; *Fette* NJW 1970, 743; MünchKomm/BGB/*Wegerhoff* (Fn. 4), Rn. 20; *Soergel/Damrau* Rn. 10; *Damrau*, Der Erbverzicht als Mittel zweckmäßiger Vorsorge für den Todesfall, 1966, S. 67 ff.; *Staudinger/Schotten* (Fn. 32), Rn. 50 m.w.N. je zu § 2346; unklar *Schopp*, Rpfleger 1984, 175 ff.
- 58 Dazu *Ebenroth/Fuhrmann* BB 1989, 2049, 2051.
- 59 *J. Mayer*, ZEV 2000, 263, 264; aA *Frenz*, in Festschrift 50 Jahre Deutsches Anwaltsinstitut e.V. (Hrsg. Bundesrechtsanwaltskammer und Bundesnotarkammer), 2003, S. 387, 392.
- 60 Vgl. etwa den Formulierungsvorschlag bei *Langenfeld*, Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, 6. Aufl., 2011, Rn. 218.
- 61 *Weirich*, DNotZ 1986, 5, 11; *Staudinger/Schotten* (Fn. 32), Rn. 50; *Soergel/Damrau* Rn. 10 je zu § 2346.
- 62 So ganz h.M., *Nieder/Kössinger*, Handbuch (Fn. 38), § 19 Rn. 12; *Jordan*, Rpfleger 1985, 7; *Staudinger/Schotten* (Fn. 32), § 2346 Rn. 50 m.w.N.; aM *Schopp*, Rpfleger 1984, 175, 176, 178, der dies aber verkennt.
- 63 Vgl. OLG Dresden OLGE 34, 315; *Haegele*, Rpfleger 1968, 247, 249 f.; MünchKommBGB/*Wegerhoff* (Fn. 4), Rn. 15, 20; *Staudinger/Schotten* (Fn. 32), Rn. 52 m.w.N. je § 2346.
- 64 RGZ 71, 133, 136; *Damrau*, Der Erbverzicht als Mittel zweckmäßiger Vorsorge für den Todesfall (1966), S. 56, *Haegele* Rpfleger 1968, 247, 249.
- 65 *Soergel/Damrau* § 2346 Rn. 10; *Mohr*, ZEV 1999, 257, 259 mit Formulierungsbeispiel.
- 66 *Damrau* BB 1970, 467, 469; *Weirich* DNotZ 1986, 5, 11; *Haegele*, Rpfleger 1968, 247, 250.
- 67 *Staudinger/Haas* § 2316 Rn. 13 m.w.N.; *J. Mayer* ZEV 1996, 441, 443 mit Formulierungsvorschlag.
- 68 Bei der vorweggenommenen Erbfolge im Gesellschaftsbereich vergleiche etwa *Hermann* MittRhNotK 1997, 149, 160.
- 69 Hierauf weist *Reimann*, FS Schippel, 1996, S. 301 ff. zutreffend hin.
- 70 Diesen Pflichtteilsverzicht des Ehegatten empfiehlt daher v. *Dickhuth-Harrach* (Fn. 29), S. 191.
- 71 *Thoma*, in: Scherer, MAH Erbrecht (Fn. 28), § 21 Rn. 10.
- 72 Vgl. dazu *Frenz*, in: Festschrift 50 Jahre Deutsches Anwaltsinstitut e.V. (Hrsg. Bundesrechtsanwaltskammer und Bundesnotarkammer), 2003, S. 387 ff.
- 73 *Riedel*, in: Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, HdB Pflichtteilsrecht (Fn. 28), § 15 Rn. 12 ff.

- ⁷⁴ Zum Streitstand *J. Mayer*, in: Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, HdB Pflichtteilsrecht (Fn. 27), § 3 Rn. 17.
- ⁷⁵ Nach *J. Mayer*, ZEV 2007, 556.
- ⁷⁶ Allg.M., BayObLGZ 1981, 30, 33; Soergel/ *Damrau*, § 2346 Rn. 15.
- ⁷⁷ Anschaulich zu den Gefahren *Reimann*, ZEV 1997, 129, 132; *Frenz*, ZNotP 2001, 48, 49 f.; Belehrungsvorschlag hierzu bei *Reul*, MittRhNotK 1997, 373, 378.
- ⁷⁸ Dazu etwa MünchKomm/BGB/ *Lange* (Fn. 4) , § 2316 Rn. 8; Bamberger/Roth/ *J. Mayer* (Fn. 4), § 2316 Rn. 17.
- ⁷⁹ Allg.M., vgl. etwa MünchKomm/BGB/ *Lange* (Fn. 4) , § 2311 Rn. 13 m.w.N.
- ⁸⁰ Dies gilt daher erst Recht bei einer Scheidungsvereinbarung, siehe *Bonefeld*, ZErB 2002, 90; Keim, FPR 2006, 145, 146.
- ⁸¹ Dazu aber *Reimann/Bengel/Mayer*, Testament und Erbvertrag, 5. Aufl., 2006, Formulare, S. 437 Fn. 37.
- ⁸² *Roessink*, FamRZ 1990, 924, 925; *Frenz*, ZEV 1997, 450; ausf. *Schindler*, FamRZ 2004, 1527. Diese Bestimmung dürfte allerdings nur dann praktische Bedeutung haben, wenn der Unterhaltspflichtete erhebliches Vermögen hinterlässt, *Schwab/Borth*, Handbuch des Scheidungsrechts, 6. Aufl., 2010, IV Rn. 1250; *Klingelhöffer*, ZEV 1999, 13, 14.
- ⁸³ *Dieckmann*, NJW 1980, 2777; *ders.*, FamRZ 1992, 633, 634 f; *ders.*, FamRZ 1999, 1029; MK/ *Mauerer* § 1586b Rn. 2; Soergel/ *Häberle*, § 1586b Rn. 1; Palandt/ *Brudermüller* (Fn. 39), § 1586b Rn. 8; Gernhuber/ *Coester-Waltjen*, Familienrecht, 6. Aufl., 2010, § 30 Rn. 185 Fn 360; PWW/ *Deppenkemper*, BGB, 7. Aufl., 2012, § 2346 Rn. 9; Soergel/ *Stein*, § 1933 Rn. 13; MK/ *Leipold*, § 1933 Rn. 16; Palandt/ *Weidlich* (Fn. 39), § 1933 Rn. 9; Staudinger/ *Werner*, § 1933 Rn. 14; Wendl/ *Pauling*, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 8. Aufl., 2011, § 4 Rn. 60; in diese Richtung auch BGH NJW 2001, 828 = ZEV 2001, 113 m. Anm. *Frenz*, wo der Zusammenhang zwischen Unterhalt und erbrechtlicher Mindestbeteiligung betont wird; aA *Bergschneider*, FamRZ 2003, 1049, 1057; *Büttner/Niepmann*, NJW 2000, 2547, 2552; Groll/ *Muscheler*, Praxishandbuch Erbrechtsberatung (Fn. 30) B XV Rn. 51; *Grziwotz*, FamRZ 1991, 1258; *Münch*, ZEV 2008, 571, 574 f mit neuen, überzeugenden Argumenten; *Schwab/ Borth*, Hdb des Scheidungsrechts, 6. Aufl., 2010, IV Rn. 1250; Staudinger/ *Schotten* (Fn. 32), § 2346 Rn. 66 f; *Reimann*, FS Schippel, 1996, S. 301, 307; *Pentz*, FamRZ 1998, 1344; *Klingelhöffer*, ZEV 1999, 13; *H. W. Schmitz*, FamRZ 1999, 1569; wohl auch *Frenz*, MittRhNotK 1995, 227, 228; zu Gestaltungsüberlegungen anlässlich solcher Verzichte *Frenz*, ZEV 1997, 450, 451; offenlassend *Schindler*, FamRZ 2004, 1527, 1531, NK/Beck, § 2346 Rn. 21; zur Problematik auch *Sarres*, FamRB 2003, 200.
- ⁸⁴ Formulierungsvorschlag etwa bei *J. Mayer*, in: HdB Pflichtteilsrecht (Fn. 28), § 11 Rn. 27.

- ⁸⁵ Dazu aber *Tanck*, ZErB 2001, 191.
- ⁸⁶ So OLG Koblenz ZEV NJW-RR 2002, 512, 514; jurisPK/ *Birkenheier*, § 2329 Rn. 21; *Klingelhöffer*, Pflichtteilsrecht, 3. Aufl., 2010, Rn. 103, 107; Palandt/ *Weidlich* (Fn. 17) , § 2329 Rn. 3; Staudinger/ *Olshausen*, § 2329 Rn. 36; a.A. *Otta*, Vorausleistungen auf den Pflichtteil, 2000, S. 155 ff., 168 ff.; ausf. *Schindler*, Pflichtteilsberechtigter Erbe und pflichtteilsberechtigter Beschenkter, 2004, Rn. 967 ff.; vgl. auch BGHZ 85, 274, 284 = NJW 1983, 1485; ebenso, wenn auch zweifelnd, MünchKomm/BGB/ *Lange* (Fn. 4) , § 2329 Rn. 5.
- ⁸⁷ So Staudinger/ *Olshausen* (Fn. 32), BGB § 2328 Rn. 9; Soergel/ *Dieckmann*, § 2328 Rn. 5 mit Beispiel.
- ⁸⁸ Eingehend dazu MünchKomm/BGB/ *Lange* (Fn. 4) , § 2325 Rn. 17; Bamberger/Roth/ *J. Mayer* (Fn. 4), § 2325 Rn. 13.
- ⁸⁹ Dafür *Michalski*, BGB – Erbrecht, 4. Aufl., 2010, Rn. 522; für einschränkende Auslegung des Verzichtsvertrages, damit die anderen Pflichtteilsberechtigten nicht auf die Abfindung zugreifen können, Pentz, FamRZ 1998, 660, 663; zur Problematik auch *Schindler*, Pflichtteilsberechtigter Erbe und pflichtteilsberechtigter Beschenkter, 2004, Rn. 1039.
- ⁹⁰ So *Speckmann*, NJW 1970, 117, 121; *Kollhosser*, AcP 194 (1994), 231, 261.
- ⁹¹ *Lange/ Kuchinke*, Erbrecht, § 7 IV 1; *Lange*, FS Nottarp, S. 119, 121 ff.; *Zellmann*, Dogmatik und Systematik des Erbverzichts und seiner Aufhebung im Rahmen der Lehre von den Verfügungen von Todes wegen, 1990, S. 148; a.A. v. *Lübtow*, Erbrecht, 1971, I S. 524, II S. 618 ff., der beim gesetzlichen oder testamentarischen Erben von einer rechtlich gesicherten Anwartschaft spricht; ausf. zum Streitstand über das Objekt des Erbverzichts *Kornexl*, Der Zuwendungsverzicht, 1999, Rn. 20 ff.
- ⁹² BGHZ 188, 96 = FamRZ 2011, 472, der dies insbes mit einer verfassungsrechtlich geschützten „negativen Erbenfreiheit“ begründet, krit hierzu *Leipold* ZEV 2011, 528; iE ebenso bereits Vorinstanz, OLG Köln ZEV 2010, 85 m krit Anm *Armbrüster* als Vorinstanz; *Vaupel* RNotZ 2009, 497, 508; *Littig/J. Mayer*, Sozialhilferegress gegenüber Erben und Beschenkten, 1999, Rn. 177; ausf. v. *Proff*, ZErB 2010, 206; aA offenbar *Köbl* ZfSH/SGB 1990, 449, 459; unklar *Frank* BWNotZ 1983, 153, 161.
- ⁹³ Eingehend *Ivo*, ZErB 2003, 250, 253; jurisPK/ *Hau* § 2346 Rn. 8; PWW/ *Deppenkemper*, § 2346 Rn. 2; Palandt/ *Weidlich* (Fn. 39) , § 2346 Rn. 19; v. *Lübtow* I S 532; *Lange*, FS Nottarp, S 119, 127; *Haegeler*, BWNotZ 1971, 39, 162; zur Anfechtbarkeit nach der InsO *Reul* MittRhNotK 1997, 373, 374; *Uhlenbruck* § 83 InsO Rn. 9; App Frankfurter Komm zur InsO § 83 Rn. 8; MünchKomm/BGB/ *Wegerhoff* (Fn. 4), § 2346 Rn. 5; zum AnfG *Huber* § 1 AnfG Nr 26.
- ⁹⁴ *Ivo*, ZErB 2003, 250, 253; *Uhlenbruck/Vallender*, § 295 InsO Rn. 35; *Döbereiner*, Die Restschuldbefreiung nach der InsO, 1997, S 167; BGH ZEV 2009, 469 =

NJW-RR 2010, 121 verneint sogar eine Obliegenheitsverletzung, wenn auf die Geltendmachung des bereits entstandenen Pflichtteilsanspruchs verzichtet wird; vgl. auch Nerlich/Römermann /Römermann, § 295 InsO Rn. 28.

- 95 Schindler DNotZ 2004, 824, 836.
- 96 Lehrbuch des Erbrechts, § 25 V 5 b (3).
- 97 NK-BGB Seiler, § 2287 Rn. 31.
- 98 NK-BGB Seiler, § 2287 Rn. 31; MünchKomm/BGB/ Musielak (Fn. 4) , § 2287 Rn. 10; vgl. dazu den Fall von OLG Karlsruhe ZEV 2000, 108, 110 f [wo zu sehr mit Vertrauensschutzargumenten gearbeitet wird] und Beschluss des BGH hierzu vom 6. 10. 1999, AZ IV ZA 4/99; zur Nichtanwendbarkeit von § 2302 s auch *Quantius*, Die Aufhebung des Erbverzichts, 2001, S 35 f; für Vereinbarung einer entsprechenden Vereinbarung als Vertrag zu Gunsten Dritter, nämlich des Vertragserben, *Nieder/Kössinger*, Handbuch der Testamentsgestaltung Handbuch (Fn. 38), § 12 Rn. 43.
- 99 Staudinger/ Kohler, § 137 Rn. 12 mwNw.
- 100 Übersehen bei Schindler, DNotZ 2004, 824, 835.
- 101 Dazu das Beisp. bei Schindler, DNotZ 2004, 824, 836 f.
- 102 Staudinger/ Schumacher § 311b Abs. 4 und 5 Rn. 4; anders möglicherweise *Damrau* ZErB 2004, 206, 209.
- 103 BGHZ 158, 81 = NJW 2004, 930 = FPR 2004, 209; dazu etwa *Langenfeld*, ZEV 2004, 311; zust. insbes. Münch, ZNotP 2004, 122; *Rauscher*, DNotZ, 2004, 524; *Wachter*, ZFE 2004, 132; *Borth*, FamRZ 2004, 609; *Gageik*, RNotZ 2004, 295, 318; *Grziwotz*, FamRB 2004, 105; *J. Mayer*, ZEV 2004, 168, 172 (erste Einschätzung); *Börger*, ZAP Fach 11 R, 429-432; distanzierter *Rakete-Dombek*, NJW 2004, 1273; kritischer: *Koch*, NotBZ 2004, 147; *Grziwotz*, FamRB 2004, 199, 239 (mit pointierten Beispielen); *Brandt*, MittBayNot 2004, 278, 281 f.; *J. Mayer*, FPR 2004, 361; dazu ausführlich *Bamberger/Roth/ J. Mayer* (Fn. 4), § 1408 Rn. 14 ff.
- 104 *Wachter*, ZErB 2004, 238, 306; *Bengel*, ZEV 2006, 192; *Kapfer*, MittBayNot 2006, 385; *Kuchinke*, FPR 2006, 125; *Wendt*, ZNotP 2006, 2, 7; *Ludyga*, Inhaltskontrolle von Pflichtteilsverzichtsverträgen, 2008; PWW/ *Deppenkemper*, § 2346 Rn. 1; *Münch*, ZEV 2008, 571 ff.; *Wiemer*, Inhaltskontrolle von Eheverträgen, 2007, S 163 ff; zutr. weist jurisPK/ *Hau*, § 2346 Rn. 19.1 darauf hin, dass die Diskussion noch ganz am Anfang steht.
- 105 *Wachter*, ZErB 2004, 238, 244; dazu etwa auch *J. Mayer* FPR 2006, 129, 134; explizit *Wendt*, ZNotP 2006, 2, 3; *Bengel* ZEV 2006, 192, 196 sieht dies als „Problem des § 139 BGB“, jedoch geht es um die wertende „Gesamtschau“, also um mehr; OLG Koblenz FamRZ 2004, 805 m. Anm. *Bergschneider* spricht das Problem nur beiläufig an.

- 106 So jetzt vor allem *Dutta* AcP 209 (2009), 760, 775 ff. Diese ist aber umstr., dagegen etwa *Kapfer*, MittBayNot 2006, 385, 388 mwN; *J. Mayer*, MittBayNot 2005, 286, 288; *Haas*, ZEV 2000, 249, 251; *Münch*, ZEV 2008, 571, 573 f.
- 107 *Dutta* AcP 209 (2009), 760, 784 ff.; bereits vorher *Wachter*, ZErB 2004, 238, 243 ff; krit. Anm. *J. Mayer*, ZEV-Report ZEV 2004, 436, 439; für den Ehegattenpflichtteil plädiert *Wiemer* (104), 163 ff. für weitreichende Inhaltskontrolle zu den sich hieraus ergebenden Gestaltungsfolgen *Wachter*, ZErB 2004, 306; ablehnend aber gegen diese Überlegungen *Ludyga* (Fn. 104), § 5 Rn. 13 f.
- 108 Dazu *Bamberger/Roth/ J. Mayer* (Fn. 4) , § 2346 Rn. 32 ff.
- 109 Zutr *Bengel*, ZEV 2006, 192, 194.
- 110 *Staudinger/ J. Mayer* (2009) BGB, § 1018 Rn. 146 ff.
- 111 Eingehend *Kapfer*, MittBayNot 2006, 385, 387 ff; *Ludyga* (Fn. 104), § 5 Rn. 9 ff.
- 112 *Bengel*, ZEV 2006, 192, 196; *Kapfer*, MittBayNot 2006, 385, 387 f.; *Münch*, ZEV 2008, 571, 577 f.
- 113 *Bamberger/Roth/ J. Mayer* (Fn. 4) , § 2346 Rn. 26.
- 114 Ebenso *Ludyga* (Fn. 104), § 5 Rn. 7, § 6 Rn. 2; dies berücksichtigt auch *Dutta*, AcP 209 (2009), 760, 793 ff.
- 115 *Kuchinke*, FPR 2006, 125, 127; *Ludyga* (Fn. 104), § 5 Rn. 7.
- 116 Vgl. zu § 138 BGB *Palandt /Ellenberger* (Fn. 39), § 138 Rn. 8; *Staudinger/ Sack/Fischinger* (2011) BGB, § 138 Rn. 2, 7 mwN.
- 117 *Kuchinke*, FPR 2006, 125, 127 ff; *Kapfer*, MittBayNot 2006, 385, 386 ff.
- 118 *Kuchinke*, FPR 2006, 125, 128.
- 119 Dazu bereits BGHZ 134, 152 = NJW 1997, 653; bezüglich der schuldrechtlichen Abfindungsvereinbarung; *Wendt*, ZNotP 2006, 2, 7 deutet nun an, dass § 313 BGB auch bezüglich eines isolierten Pflichtteilsverzichts möglich sein könnte.
- 120 *Dauner-Lieb*, AcP 201 (2001), 293, 327 f.
- 121 *Kuchinke*, FPR 2006, 125, 128; ebenso für Vorrang des § 313 *Ludyga* (Fn. 104), § 6 Rn. 3 ff; demgegenüber für die Ausübungskontrolle *Bengel* ZEV 2006, 192, 196, jedoch unter Betonung, dass dies ein „nur selten begründbarer Ausnahmefall“ bleiben müsse.
- 122 *Kapfer*, MittBayNot 2006, 385, 386, 390; *J. Mayer*, ZEV 2004, 440; *Bengel*, ZEV 2006, 192, 196.
- 123 *Bamberger/Roth/ J. Mayer* (Fn. 4), § 2346 Rn. 32 f.
- 124 *Ludyga* (Fn. 104), § 6 Rn. 9; *Michalski* (Fn. 88), Rn. 499.
- 125 BGH NJW 1999, 789; *Bengel*, ZEV 2006, 192, 193; beim Pflichtteilsverzicht, der

nur den schuldrechtlichen Pflichtteilsanspruch betrifft, ist allerdings eine „Rückabwicklung“ durchaus praktikierbar, vgl. *Wendt*, ZNotP 2006, 2, 7; *Bengel*, ZEV 2006, 192, 195 f.

- ¹²⁶ Vgl. BGHZ 134, 152 = NJW 1997, 653.
- ¹²⁷ BVerfGE 103, 89 = NJW 2001, 957.
- ¹²⁸ *Kuchinke*, FPR 2006, 125, 129; ebenso *Ludyga* (Fn. 104), § 5 Rn. 19 ff mit zahlreichen Details; zu dem Druck, der bei solchen Verzichten u. U. ausgeübt werden kann jetzt auch *Röthel*, NJW 2012, 337, 341 mit Reformvorschlägen für den Gesetzgeber; krit. zu letzterem *Lehmann/Schulz*, ZEV 2012, 225, 228.
- ¹²⁹ OLG München ZEV 2006, 313, 314; dazu auch krit. *Theiss/Boger*, ZErB 2006, 164.
- ¹³⁰ *Theiss/Boger*, ZErB 2006, 164, 165.
- ¹³¹ BGHZ 188, 96 = NJW 2011, 1586 = FamRZ 2011, 472 = DNotZ 2011, 381 m. Anm. *Ivo* = ZEV 2011, 258 m. Anm. *Zimmer* = ZErB 2011, 117 m. Anm. *Kleensang*; dazu auch *Leipold*, ZEV 2011, 528; *Dreher/Gönner*, NJW 2011, 1761; *Spall*, MittBayNot 2012, 141; *Wendt*, ZNotP 2011, 362; *Röthel*, LMK 2011, 317533; *Ihrig*, NotBZ 2011, 345; *von Proff*, RNotZ 2012, 272.
- ¹³² BGHZ 111, 36, 42 ff.; 123, 368, 376.
- ¹³³ BGHZ 188, 96, Tz. 27.
- ¹³⁴ Krit. etwa zu Recht *Leipold*, ZEV 2011, 528 f., der auch auf gewisse Widersprüche in der Argumentation des BGH hinweist.
- ¹³⁵ Zurückhaltend etwa *Krauß*, Überlassungsverträge, 2. Aufl., Rn. 82.
- ¹³⁶ Dazu etwa *Bengel*, in Scherer, MAH-Erbrecht (Fn. 29), § 41 Rn. 13 ff.
- ¹³⁷ So etwa *Zimmer*, ZEV 2011, 262 f.; *Ivo*, DNotZ 2011, 387 f.
- ¹³⁸ Bejahend *Dreher/Gönner*, NJW 2011, 1761, 1766; *Ivo*, DNotZ 2011, 387, 389; *Kleensang*, ZErB 2011, 121, 124; offen lassend *Zimmer*, ZEV 2011, 2011, 262, 263.
- ¹³⁹ Vgl. nur KG OLGZ 1974, 263, 265 sowie das OLG Bonn ZEV 1999, 356, 357; *Staudinger /Schotten* (Fn. 32), § 2348 Rn. 10 mwN; MünchKomm/BGB/ *Wegerhoff* (Fn. 4), § 2348 Rn. 2; a. M. aber etwa *Kuchinke* in NJW 1983, 2358.
- ¹⁴⁰ ZEV 2011, 384 = RNotZ 2010, 657 = DNotZ 2011, 344.
- ¹⁴¹ Dazu etwa bejahend *Staudinger /Schotten* (Fn. 32), § 2348 Rn. 17 mwN; MünchKomm/BGB/ *Wegerhoff* (Fn. 4), § 2348 Rn. 8; ausf. *Keller*, ZEV 2005, 229, 233 f. mit zahlreichen Nachw. zum Streitstand.
- ¹⁴² IV ZR 16/11, NJW-RR 2012, 332 = FamRZ 2012, 446 = NotBZ 2012, 99 (Leitsatz) = ZEV 2012, 145 m. Anm. *Keim*; dazu auch *Wellenhofer*, JuS 2012, 751.
- ¹⁴³ I-3 Wx 56/11, NJW-RR 2012, 458 = ZEV 2011, 529 m. abl. Anm. *Weidlich* =

FamRZ 2011, 1761 = RNotZ 2011, 499; krit. dazu *Schotten*, RNotZ 2012, 94; dazu auch *A. Simon*, jurisPR-FamR 24/2011 Anm. 1; *Kroiß*, FamFR 2011, 408.

¹⁴⁴ Zutr. *Keim*, ZEV 2012, 149; allgemein hierzu *Staudinger /Roth* (2010) , BGB § 139 Rn. 54.

¹⁴⁵ Vgl. bereits BGHZ 36, 319, 328 = NJW 1962, 1910; *Weidlich*, ZEV 2011, 531; *Keim*, ZEV 2012, 149.

¹⁴⁶ Zutr. daher bereits die Analyse von *Damrau*, Der Erbverzicht als Mittel zweckmäßiger Vorsorge für den Todesfall, 1966.